Die Minderkaufleute und ihre rechtliche Stellung nach dem Handelsgesetzbuche

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Curt Hommel

Referendar in Dresden

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Dresden

Buchdruckerei Wagner & Sprung

1910

Meiner Mutter
in größter Dankbarkeit

gewidmet!

Inhaltsübersicht.

		Seite
	A. Einleitung.	
§ 1.	Die Minderkaufleute des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches und ihre Stellung im geltenden Rechte	9—12
	B. Wer ist Minderkaufmann?	
§ 2.	Allgemeine Voraussetzungen der Minderkaufmannseigenschaft	12—15
§ 3.	Die Handwerker	15—29
§ 4.	Die Kleingewerbetreibenden	
	a) der in § 4 Absatz 1 gegebene Begriff . .	29—36
	b) die Abgrenzung des Kleingewerbes durch die Landesregierung	36—38
	C. Welche rechtliche Stellung nimmt der Minderkaufmann ein?	
§ 5.	**I. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches**	39—41
	II. Die besondere rechtliche Stellung der Minderkaufleute	
§ 6.	Die Firma	41—53
§ 7.	Die Handelsbücher	53—56
§ 8.	Die Prokura	56—57
§ 9.	Die Gesellschaften der Minderkaufleute	58—60
§ 10.	Die Vorschrift des § 351 des Handelsgesetzbuches	60—61
§ 11.	Einige weitere Besonderheiten	61—63
	D. Schluß.	
§ 12.	Kann ein Minderkaufmann zugleich Vollkaufmann sein?	63—65

Literaturverzeichnis.

Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, begründet von Hirth und von Seydel, herausgegeben von v. Eheberg und Dyroff, 40. Jahrgang, Heft 10, München 1907.

Anschütz und von Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche, 2. Auflage, 1. Band, Erlangen 1894.

Bovensiepen, Der Minderkaufmann und sein Recht, Halle 1905.

Buchka-Oetker-Lehmann, Zivilprozeßordnung, Konkursordnung, Handelsgesetzbuch in alter und neuer Gestalt, Berlin 1899. (Zit. Buchka.)

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Auflage, Stuttgart 1903.

Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub, Berlin Jahrgang 1898. (Zit. D. J.-Z.)

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, 1. Band, Mannheim 1908.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1. Band, Leipzig 1881.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (Zit. ERG.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (Zit. ERG i. Str.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (Zit. EROHG.)

Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des deutschen Reichs, 6. Auflage, Leipzig 1901.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 8. Auflage, Berlin 1909. (Zit. Gareis.)

Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 3. Auflage, München 1905. (Zit. Gareis, Handelsgesetzbuch.)

Gareis und Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, Berlin 1891.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 1. Band, Berlin 1901.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 1. Auflage, Erlangen 1864. (Zit. Goldschmidt.)

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 2. völlig umgearbeitete Auflage, Stuttgart 1875. (Zit. Goldschmidt, 2. Aufl.)

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 44. Jahrgang, 6. Folge, Berlin 1900. (Zit. Gruchot.)

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 6. Band, Berlin 1897. (Zit. Hahn.)

von Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 1. Band, 4. Auflage, Braunschweig 1894.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Auflage, Berlin 1904.

Jahrbücher des Kgl. Sächs. Oberverwaltungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs. (Zit. Jahrbücher des OVG.)

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins, Berlin, Verlag von Franz Möser Nachf. (Zit. Jur. Woch.)

Lastig, Der Gewerbetreibenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer, in der Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Halle für Hermann Fitting, Halle 1903.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, 1. Band, Berlin 1902.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, herausgegeben von Düringer, Jaeger und Koenige, München. (Zit. L. Z.)

Litthauer, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 12. Auflage, Berlin 1901.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Auflage, 1. Band, Berlin 1906.

Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, herausgegeben von Holdheim, Berlin, VII. Jahrgang, Berlin 1898. (Zit. Holdheim.)

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann, Leipzig. (Zit. Rechtspr. d. OLG.)

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, herausgegeben von Hoffmann, von Sommerlatt und Wulfert, Band 13, Heft 8/9, Leipzig 1903. (Zit. Sächs. Archiv.)

Seyfferth, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909, Leipzig 1909 (Band 75 der juristischen Handbibliothek).

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuche, 1. Band, 6. und 7. Auflage, Berlin 1900. (Zit. Staub 6/7. Aufl.)
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuche, 1. Band, 8. Auflage, Berlin 1906. (Zit. Staub.)
Stern, Der Handelsname des Minderkaufmanns, Diss., Marburg 1906.
Thöl, Das Handelsrecht, 6. Auflage, Leipzig 1879.
Weiß, Über den Begriff des Minderkaufmanns, Diss., Leipzig 1905.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt, herausgegeben von Keyßner und Lehmann. (Zit. Goldschmidt, Zeitschrift.)

Wenn die Zitierweise nicht in Klammern beigefügt ist, wird nach dem Verfasser zitiert. Artikel und Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes deuten auf die entsprechenden Stellen des alten und neuen Handelsgesetzbuches hin.

A. Einleitung.

§ 1.

Die Minderkaufleute des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches und ihre Stellung im geltenden Rechte.

Während das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch im Gegensatz zu der in §§ 1—3 des neuen Handelsgesetzbuches durchgeführten Einteilung in sog. Muß-, Soll- und Kannkaufleute nur eine Art von Kaufmann kannte, war ihm die Einteilung in Voll- und Minderkaufleute, wie wir sie im neuen Handelsgesetzbuch vorfinden, bereits nicht fremd. Art. 10 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches besagte in Absatz 1:

> „Die Bestimmungen, welche dieses Gesetzbuch über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura enthält, finden auf Höker, Trödler, Hausierer und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbebetriebe, ferner auf Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, gewöhnliche Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht, keine Anwendung."

Das Gesetz machte also gewisse Personen, die nach Art. 4, da sie gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betrieben, Kaufleute im Sinne des Gesetzes waren,

1. die Höker, Trödler, Hausierer, Wirte, ohne Rücksicht auf den Umfang ihres Gewerbes,[1]

---

[1] Goldschmidt, 2. Aufl. S. 528; a. A. Lotze in Gruchot S. 407.

2. die den Hökern, Trödlern und Hausierern ähnlichen Handelsleute,[1] sowie Fuhrleute und Schiffer, sämtlich nur bei geringem Umfange ihres Gewerbebetriebes,
3. alle Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinaus ging,

zu Kaufleuten „minderen Rechtes", wie sie wohl als Erster Goldschmidt genannt hat,[2] zu Minderkaufleuten. Entscheidend war demnach im allgemeinen für die Minderkaufmannseigenschaft die Art des Gewerbebetriebes. Wer nicht ein Gewerbe der in Art. 10 aufgeführten Art betrieb, war Vollkaufmann; „ein kleiner Kaufmann mit offenem Laden war daher früher anstandslos in das Handelsregister einzutragen".[3]

Das Gesetz hatte aber in Art. 10 keineswegs eine erschöpfende Aufzählung der Personen geben wollen, die als Minderkaufleute gelten sollten, sondern nur subsidiäre Bestimmungen treffen wollen; Absatz 3 des Art. 10 lautete:

> „Den Landesgesetzen bleibt vorbehalten, zu verordnen, daß die bezeichneten Bestimmungen auch noch für andere Klassen von Kaufleuten ihres Staatsgebietes keine Anwendung finden sollen. Ebenso können sie verordnen, daß diese Bestimmungen auf einzelne der genannten Klassen, oder daß sie auf alle Klassen ihres Staatsgebietes Anwendung finden sollen."

Damit war den künftigen Landesgesetzen der sehr weitgehende Vorbehalt gemacht worden, die nach Absatz 1 ausgenommenen Personenklassen sowohl genauer festzustellen,

---

[1] Diese Auslegung der Worte „dergleichen Handelsleute" wurde lebhaft bestritten; vgl. hierüber Anschütz und v. Völderndorff S. 66.

[2] Goldschmidt S. 387, ebenso v. Hahn S. 109 Nr. 2; andere haben sie auch „Kleinkaufleute" genannt, so Thöl S. 144, Endemann S. 148.

[3] Lotze in Gruchot S. 407.

als für die ihrem Staatsgebiet angehörigen Kaufleute zu erweitern und einzuschränken.[1] Dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch kam sonach nur subsidinäre Geltung zu, in erster Linie entschieden über die Minderkaufmannseigenschaft die etwa von den Landesgesetzen getroffenen Bestimmungen. Da die Landesgesetzgebung von dieser ihr zustehenden Befugnis reichlich Gebrauch gemacht hatte, war der Begriff „Minderkaufmann" ein sehr unbestimmter geworden, es wurden bis 1900 nicht weniger als 33 bez. nach 1866 25 verschiedene Kategorien von Minderkaufleuten geschaffen.[2]

Nicht jeder aber, der unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches Minderkaufmann war, ist es unter dem neuen Handelsgesetzbuche geblieben. Nach § 4 des neuen Handelsgesetzbuches sind für die Bestimmungen der Minderkaufmannseigenschaft andere Gesichtspunkte als früher maßgebend. § 4, der dem Art. 10 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches entspricht, lautet:

> „Die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung.
>
> Durch eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden.
>
> Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen festgesetzt wird."

---

[1] Goldschmidt, 2. Aufl., S. 540.

[2] Bovensiepen S. 11.

Es gibt demnach jetzt nur zwei Klassen von Minderkaufleuten: Handwerker und Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Die nach Art. 10 Absatz 3 der Landesgesetzgebung eingeräumte weitgehende Befugnis ist nicht übernommen worden. Es sind also Höker, Trödler, Hausierer und Wirte, die nach dem alten Rechte ohne Rücksicht auf den Umfang ihres Gewerbebetriebes Minderkaufleute waren, zu Vollkaufleuten mit deren Rechten und Pflichten, wie sie sich aus dem neuen Gesetze ergeben, geworden, wenn sie Großbetrieb haben,[1] und die Vollkaufleute des alten Rechts sind zu Minderkaufleuten geworden, wenn ihr Gewerbebetrieb nur den in § 4 Absatz 1 vorgesehenen Umfang hat.[2,3]

Die Frage der Gültigkeit und die Wirkung der von Voll- und Minderkaufleuten des alten Rechts vorgenommenen Rechtsgeschäfte beurteilt sich nach dem Rechte zur Zeit der Vornahme.

B. Wer ist Minderkaufmann?

§ 2.

Allgemeine Voraussetzungen der Minderkaufmannseigenschaft.

Minderkaufmann kann nur der sein, der Kaufmann ist. Dies ergibt sich ohne weiteres aus der Stellung des § 4 im Handelsgesetzbuche; denn andernfalls wären die in ihm enthaltenen Vorschriften selbstverständlich und bedürften keiner besonderen Hervorhebung. Unter den Kaufleuten aber können nur diejenigen Minderkaufleute sein, die nach

[1] Großbetrieb wird allerdings nur bei Trödlern und Wirten vorkommen können.

[2] Vgl. aber Art. 22 Absatz 1 des EG. z. HGB.

[3] Das Nähere s. Goldschmidt, Zeitschrift, 48. Band, S. 40 ff.

§ 1 Absatz 2 kraft ihres Gewerbes Kaufleute sind, die Mußkaufleute. Bei den Soll- und Kannkaufleuten der §§ 2 und 3 ist eine Klasse der Minderkaufleute nicht möglich, da die Kaufleute der §§ 2 und 3 erst durch die Eintragung ins Handelsregister Kaufleute werden.

Wer Kaufmann ist, sagt das Gesetz in § 1:

„Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt."

Das Gesetz will also nur feststellen, was es selbst unter einem Kaufmann versteht; doch auch für andere Reichs- oder Landesgesetze wird dieser Begriff maßgebend sein, wenn nicht zwingende Auslegungsgründe dagegen sprechen.[1]

Besondere subjektive Erfordernisse brauchen nicht vorzuliegen, um die Kaufmannseigenschaft zu erlangen. Jedes rechtsfähige Subjekt kann ein Handelsgewerbe betreiben d. h. es kann Träger eines Gewerbebetriebes sein, sowohl eine physische als auch eine juristische Person.[2] Eine andere Frage ist, ob der Träger des Gewerbebetriebes selbständig mit voller rechtlicher Wirksamkeit die zum Betriebe des Gewerbes erforderlichen Rechtsakte vornehmen kann. Dies bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts und hängt von der Frage der Geschäftsfähigkeit ab.[3]

Objektiv erfordert das Gesetz

a) ein Handelsgewerbe,

b) das Betreiben desselben,

oder, nach Düringer-Hachenburg, den Betrieb eines Gewerbes, das sich als Handelsgewerbe darstellt.[4]

---

[1] Vgl. Staub S. 27 Anm 1, Düringer-Hachenburg Anm. 1 zu § 1, Lehmann-Ring S. 3 Nr. 1, Goldmann S. 2II.

[2] Staub S. 29 Anm. 4.

[3] Vgl. hierzu die Ausführungen von Staub S. 33 Anm. 20; vgl. auch Friedberg S. 28 ff., Anm. 1 ff., der daselbst die einschlägigen Gesetzesbestimmungen zusammengestellt hat.

[4] A. a. O. S. 103 Anm. 3.

Was das Gesetz unter einem Gewerbe versteht, sagt es nicht, sondern nur, welche Gewerbe es als Handelsgewerbe ansieht. Es zählt in § 1 Absatz 2 die sog. Grundhandelsgewerbe auf, deren gewerbsmäßiger Betrieb zum Kaufmann macht und handelt in §§ 2 und 3 von den gewerblichen Unternehmen, die, wenn sie nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordern, als Handelsgewerbe gelten. Jeder Gewerbebetrieb, der die in §§ 1—3 aufgestellten Voraussetzungen erfüllt, ist ein Handelsgewerbe.

Das Handelsgewerbe ist eine Unterart des Gewerbes. Unter Gewerbe versteht man die fortdauernde auf einen Komplex von Geschäften gerichtete und in dauernder Gewinnerzielungsabsicht ausgeübte Tätigkeit, die nach außen als solche hervortritt und nicht in das Bereich der Künste und Wissenschaften gehört.[1,2] Diese Erfordernisse sind allgemein als zum Begriff des Gewerbes gehörig von Literatur und Rechtsprechung anerkannt.[3]

Das Handelsgewerbe muß betrieben werden, um die Kaufmannseigenschaft zu begründen. Es betreibt nur derjenige selbständig ein Gewerbe, der im eigenen Namen, sei es auf eigene, sei es auf fremde Rechnung, eine gewerbliche Tätigkeit ausübt, sodaß er rechtlich Träger der durch den Betrieb entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten ist.[4] Es

---

[1] Vgl. Denkschrift S. 11 bei Hahn S. 197.

[2] Gewerbeordnung, Steuergesetze usw. können für das HGB keine Ausnahme schaffen, vergl. Staub S. 30 Anm. 9.

[3] Vgl. Goldmann S. 2 Anm. 1 [2], ERO HG Bd. 3 S. 407, Bd. 22 S. 303, ERG Bd. 38 S. 20, Mackower S. 2 ff., ERG in Jur. Woch. Jahrg. 1894 S. 19, Düringer-Hachenburg S. 103 Anm. 3 ff., Lehmann-Ring S. 3 Anm. 3 ff., Cosack S. 22 Nr. 2, Gareis S. 46, der aber in seiner Definition das Erfordernis der Erkennbarkeit nach außen nicht erwähnt, und Staub S. 29 Anm. 6 ff., der in Anm. 12 dieses Erfordernis ablehnt.

[4] Düringer-Hachenburg S. 104 Anm. 6, ERG Bd. 13 S. 146.

ist also weder erforderlich, daß der „Betreibende" selbst tätig wird, noch, daß die Geschäfte auf seine Rechnung geführt werden, und ihm der Gewinn zufließt, sondern lediglich die Hergabe des Namens ist das entscheidende Moment für die Frage, wem die Kaufmannseigenschaft zusteht. Hieraus ergibt sich eine Fülle von Fragen in Theorie und Praxis. Sie zu erörtern, ist nicht Sache dieser Abhandlung.[1]

§ 3.

Die Handwerker.

An erster Stelle unter denjenigen, die das Gesetz als Minderkaufleute betrachtet wissen will, nennt es die Handwerker. Was versteht man unter einem Handwerk?

Begrifflich kann jede mit den Merkmalen des Gewerbes[2] auftretende Tätigkeit, die in Umformung von Natur- und Arbeitsprodukten außerhalb der Urproduktion[3] besteht, Handwerk sein. Das Handelsgesetzbuch hat eine Definition des Begriffs „Handwerk" nicht gegeben, ebenso wird man in andern Reichsgesetzen vergeblich nach einer solchen suchen. Der Gesetzgeber hat mit dieser Zurückhaltung auch Recht getan; denn wechselnde Verkehrsanschauung, wesentlich beeinflußt durch die ständigen Fortschritte auf technischen Gebiete, bedingen, daß eine für alle Fälle und Zeiten zutreffende Definition nicht aufgestellt werden kann. Das Reichsgericht[4] sagt daher mit Recht, daß „die Entscheidung hinsichtlich des Begriffs des Handwerks nur auf dem Gebiete der allgemeinen, beziehentlich örtlichen Auffassung des Verkehrs hierüber gesucht und gefunden werden kann."

---

[1] Vgl. hierzu Staub S. 32 Anm. 18, Cosack S. 23 [3], Düringer-Hachenburg S. 105, Mackower S. 7 d.

[2] Über dem Handwerk steht der Begriff „Gewerbe", vgl. Weiß S. 9.

[3] Vgl. Gareis-Fuchsberger S. 16 Anm. 1.

[4] Vgl. ERG i. Str. Bd. 21, S. 211.

So sind denn auch von Rechtsprechung und Wissenschaft die verschiedensten Kriterien aufgestellt worden, die zur Beurteilung der Frage, ob ein Gewerbebetrieb als Handwerk anzusehen ist oder nicht, herangezogen werden sollen. Es werden in Betracht zu ziehen sein: Die Beschaffenheit der eignen Arbeitsleistung des Unternehmers, die beim Handwerk grundsätzlich nicht nur in der Oberleitung, sondern auch in der eigenen Mitarbeit des Meisters besteht, weiter im Zusammenhange hiermit das Verhältnis zwischen Meister und Gesellen, die Art der in Benutzung stehenden gewerblichen Hilfsmittel (vorzugsweise der Hand dienende Werkzeuge), der Grad der Ausnutzung der Arbeitsteilung, die beim Handwerk in der Regel fehlen wird, die Qualität und unter Umständen auch die Zahl des beschäftigten Hilfspersonals, der Umfang des genossenen und beanspruchten Kredits, wie überhaupt die Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen. Als weitere wichtige Momente sind noch aufgestellt worden: die Personengliederung in Lehrling, Geselle und Meister, die Gleichheit der Bildung bei Prinzipal und Angestellten, die in der Regel beide derselben Volksschicht entstammen, die Aussicht des Arbeiters, einmal die selbständige Stellung des Meisters erringen zu können.[1] Auch die Höhe des Umsatzes wird ins Gewicht fallen können, die Zahl der Lieferanten und Kunden, Größe des Betriebskapitals, vorherrschende Arbeit auf Bestellung, nicht auf Vorrat[2] u. a. m.

Die hier aufgeführten Merkmale, „von denen aber keinem und für sich allein oder absolut und stets ein entscheidendes Gewicht zukommt," lassen erkennen, daß die gesamten Betriebsverhältnisse eines Gewerbes in Betracht gezogen

---

[1] Vgl. Düringer-Hachenburg, S. 151 Anm. 1b und Weiß S. 14, sowie die daselbst angezogene Literatur nebst Entscheidungen.

[2] Gareis, S. 52.

werden müssen, um entscheiden zu können, ob ein Gewerbebetrieb dem Handwerk zuzurechnen ist oder nicht.

Nicht jeder Handwerker ist aber Handwerker-Kaufmann im Sinne von § 4. Von den in § 1 aufgeführten Gewerben, deren Betrieb zum Kaufmann macht, können unter das Handwerk fallen die unter Ziffer 1, 2 und 9[1] aufgeführten; den unter Ziffer 3—8 aufgeführten Gewerben fehlen stets die zum Begriff des Handwerks gehörigen Merkmale. Von den unter Ziffer 1, 2 und 9 aufgeführten Gewerben macht wiederum der handwerksmäßige Betrieb der unter Ziffer 2 und 9 aufgeführten nicht zum Kaufmann. Die Kaufmannseigenschaft wird bei deren Betrieb nur erlangt sofern der Betrieb „über den Umfang des Handwerks hinausgeht." Durch Ziffer 2 werden die sog. Lohnwerker aus dem Handelsgesetzbuche ausgeschlossen. Es sind dies die Personen, die gewerbsmäßig die handwerksmäßige Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere übernehmen. Gewöhnlich wird ein Werkvertrag vorliegen, bei dem der Gewerbetreibende der Unternehmer und der „andere" der Besteller ist. Das Werk muß eine körperliche, bewegliche Sache sein, die zur Herstellung des Werkes dienenden Stoffe müssen im wesentlichen wirtschaftlich fremde sein, und Entgelt, gleichgültig in welcher Form, muß gewährt werden. Es gehören hierher die Flickschuster, Näherinnen, Plätterinnen, Maler, sofern die letzteren bewegliche Sachen bemalen, usw. Ohne Einfluß auf ihre Beurteilung ist es, wenn Zutaten oder Arbeitsmittel vom Unternehmer dazugegeben werden, so Zwirn und Nadel beim Schneider, Farbe beim Maler usw.[2] oder, wenn zur Unter-

[1] Vgl. Weiß, S. 21, Anm. 5, der § 43 der sächs. Ausführungsverordnung zum alten HGB anzieht, in der es heißt: „Der Betrieb einer Druckerei (Buch-, Stein-, Kupfer-, Stahldruckerei u. dergl.) ist im Zweifel als ein handwerksmäßiger anzusehen, wenn derselbe mit einer Presse ausgeübt wird.

[2] Staub, S. 42, Anm. 43.

stützung des handwerksmäßigen Betriebes in geringem Umfange Handel mit fertigen Waren betrieben wird.

Nicht unter Ziffer 2 fällt daher die Umarbeitung oder Bearbeitung geistiger Erzeugnisse, z. B. Ausarbeiten von Romanen, zu denen andere die Idee geben oder Übersetzen aus fremden Sprachen; weiter fallen nicht unter Ziffer 2 die Bauhandwerker, da das herzustellende Werk regelmäßig keine körperliche, bewegliche Sache sein wird.[1]

Alle die unter Ziffer 2 fallenden Gewerbetreibenden sind nur Kaufleute, wenn der Betrieb ihres Gewerbes über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Ist dies der Fall, so werden sie gewöhnlich zu Vollkaufleuten; Minderkaufleute können sie als Handwerker nicht sein,[2] da eben die Voraussetzung zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft ist, daß der Betrieb ein nicht-handwerksmäßiger ist. Dies ergibt sich u. E. aus den Kommissionsberatungen;[3] dort war der Antrag gestellt worden, das Handwerk überhaupt aus dem Handelsgesetzbuch auszuscheiden und deshalb auch in Ziffer 1 in § 1 die Worte hinzuzufügen: „Sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht." Mit dieser unsrer Ansicht lehnen wir auch die Annahme Markowers und Goldmanns[4] ab, daß es auch unter denen, die nach Ziffer 2 Kaufleute sind, Handwerker-Kaufleute im Sinne von § 4 geben könne.[5]

Für das unter Ziffer 9 aufgeführte Druckereigewerbe gilt das zu Ziffer 2 Gesagte, da für dasselbe die gleichen Erfordernisse aufgestellt werden, damit der Betrieb desselben die Kaufmannseigenschaft verleiht.

---

[1] Vgl. Lehmann-Ring, S. 22, Nr. 54, Düringer-Hachenburg, S. 117, Anm. 34.

[2] Ebenso Staub, S. 45, Anm. 56.

[3] Bei Hahn S. 533.

[4] Makower S. 26 D 1, Goldmann S. 30 1.

[5] Darüber, daß die Kaufleute der Ziffer 2 als Kleingewerbetreibende Minderkaufleute sein können, vgl. diese Abhdlg. S. 31.

Es bleiben hiernach in § 1 nur die Geschäfte in Ziffer 1 übrig, deren Vornahme ohne weiteres zum Kaufmann macht. Von ihnen wiederum hat das Anschaffen und Weiterveräußern von Wertpapieren und das Weiterveräußern von Waren in unverändertem Zustande als mit dem Handwerksbegriff unvereinbar auszuscheiden, sodaß nur die Gewerbetreibenden, die sich mit der Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waren) nach vorheriger Bearbeitung oder Verarbeitung befassen, übrig bleiben als geeignet zur Bildung einer Klasse von Handwerker-Kaufleuten im Sinne von § 4.

Wohl kann es unter den Kaufleuten der §§ 2 und 3 Handwerker geben,[1] da bei ihnen aber die Kaufmannseigenschaft erst durch die Eintragung ins Handelsregister begründet wird, scheiden sie für die Betrachtung der Handwerker-Kaufleute des § 4 aus.

Wir haben also nun gefunden, welche Handelsgewerbe Handwerk im Sinne des § 4 sein können. Es ergibt sich die weitere Frage, wann sind diese Handelsgewerbe Handwerk.

Geleitet durch die Bestimmungen des § 2, wonach jedes gewerbliche Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, eintragungspflichtig ist, sein Betrieb sonach zum Vollkaufmann macht, kommen wir dazu, als Handwerk im Sinne von § 4 diejenigen unter § 1 Absatz 1 Ziffer 1 fallenden Gewerbe[2] anzusehen, deren Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nicht erfordert.[3] Ist das letztere der Fall, so hört der Handwerker auf, Minderkaufmann zu sein und wird Vollkaufmann nach § 2.

---

[1] S. unten u. diese Abhdlg. S. 21; vgl. auch Staub S. 59 Anm. 10, S. 68 Anm. 9, Weiß S. 18 und 21.

[2] Mit der oben gemachten Einschränkung.

[3] Staub S. 67 Anm. 8; a. A. s. Abhdlg. S. 21 ff.

Diese unsre Ansicht bringt vor allem Staub zum Ausdruck;[1] sie entspricht auch der in der Rechtsprechung herrschenden Meinung: der § 2 will unzweideutig für jeden Gewerbetreibenden, dessen Unternehmen nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisation nötig macht, einerlei, worin das Gewerbe besteht, den Firmenzwang begründen, ausgenommen allein ist nach § 3 der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft.[2] Die Bestimmungen des § 4 treffen daher nicht alle Handwerker der Ziffer 1 im allgemeinen, sondern nur die, die nicht unter die Bestimmungen des § 2 fallen. So führt ein Kammergerichtsbeschluß[3] aus: „Der Inhaber eines gewerblichen Unternehmens, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist weder Kleingewerbe noch Handwerk im Sinne des § 4."

Auch die Entstehungsgeschichte des § 4 stützt diese Ausführungen: § 4 ist an Stelle von Art. 10 des alten Handelsgesetzbuches getreten. Art. 10 bestimmte nun zwar, daß Minderkaufleute die Personen sein sollten, „deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes" hinausging, und traf damit, streng genommen, nur die Ausdehnungsart, nicht aber den Inhalt und das Wesen des Gewerbebetriebes. Die Auslegung des Gesetzes hatte aber von jeher angenommen, daß „auch der Inhalt der gewerblichen Tätigkeit entscheidend sei, und daß Handwerk nur vorliege, wenn der „Geschäftsbetrieb kein großindustrieller, insbesondere kein fabrikmäßiger, sondern eben nur ein handwerksmäßiger" sei,[4] wobei die Entscheidung von dem Um-

---

[1] Vgl. auch Lehmann-Ring S. 39 Nr. 3, Bovensiepen S. 20ff., Weiß S. 24ff.

[2] Staub S. 59 Anm. 10.

[3] Rechtspr. d. OLG Bd. 8, S. 93, vgl. auch ERG i. Str. Bd. 34 S. 103, Bd. 35, S. 289 und ERG vom 19. 9. 06 in LZ Jahrg. 1907 Nr. 49.

[4] Gareis-Fuchsberger S. 34 Anm. h.

fang und der Art des Betriebes abhängig gemacht wurde.[1] Der Entwurf zum neuen Handelsgesetzbuche führte die Handwerker wiederum besonders auf, weil „dem Handwerkerstande die durch seine Betriebsverhältnisse bedingte Sonderstellung, wie bisher, gewahrt bleiben müsse."[2] Es wurde daher auch in den Kommissionsberatungen ein Antrag, in § 4 die Worte „auf Handwerker" zu streichen, weil die Unterscheidung zwischen Kleingewerbe und Großgewerbe genüge, und es schwierig sei, die Grenze zu ziehen zwischen Handwerker und Kaufmann, zumal immer mehr Handwerker dazu übergingen, auch fertige Waren in ihrem Geschäftsbetriebe zu veräußern, es auch schwierig sei, zu scheiden zwischen Handwerk und Fabrik, abgelehnt.[3]

Sind die „Betriebsverhältnisse" des Handwerks aber derartige, daß sie ihm keine „Sonderstellung" mehr bedingen, sondern vollkaufmännische Einrichtungen erfordern, so ist für die Anwendung des § 4 kein Raum mehr. Der Inhaber eines solchen Betriebes muß sich vielmehr — die notwendige Folge der „Betriebsverhältnisse" seines Gewerbes — in das Handelsregister eintragen lassen. Wie Weiß[4] sehr richtig sagt, wäre es auch eine „Unbilligkeit wenn die unter § 1 fallenden Handwerker jederzeit, ohne Rücksicht auf die Größe und Kompliziertheit des geschäftlichen Organismus, von der Eintragungspflicht ausgenommen, alle übrigen dagegen bei Erfüllung der Bedingungen des § 2 daran gebunden sein sollten."

Die gegnerischen Ansichten seien hier gleich eingeschaltet: Kuckuk[5] knüpft an eine Entscheidung des Oberlandes-

---

[1] Vgl. Rechtspr. d. OLG Bd. 8 S. 93, ERG i. Str. Bd. 24 S. 357 und Bd. 25 S. 5, Goldmann S. 29[11].

[2] Denkschr. bei Hahn S. 201.

[3] Bei Hahn S. 539.

[4] A. a. O. S. 26.

[5] In Holdheim S. 125.

gerichts Naumburg über die Eintragungspflicht eines Bäckers an, in der ausgeführt ist, daß „aus den dem § 4 vorhergehenden Normen des Handelsgesetzbuches, namentlich aus dem § 2, herzuleiten sei, daß auch der Handwerker, wenn sein Betrieb die Voraussetzungen des § 2 erfüllt, dem Registerzwang unterliegt.“ Kuckuk verneint dagegen die Zulässigkeit, aus § 2 einen Schluß auf die Anwendbarkeit des § 4 zu ziehen; er sagt, § 2 beziehe sich nur auf diejenigen Gewerbetreibenden, die nicht schon durch § 1 zu Kaufleuten gemacht würden; er betreffe den Gegensatz zwischen Kaufmann und Nicht-Kaufmann; § 4 dagegen beziehe sich nur auf die Kaufleute im Sinne von § 1 und betreffe den Gegensatz zwischen Voll- und Minderkaufmann. Auch das Kammergericht hat in einem Beschlusse[1] ausgeführt: „Der § 4 steht mit dem § 2 HGB nicht in sachlichem Zusammenhange. Dieser § 4 stellt sich vielmehr als eine Ausnahmebestimmung gegenüber dem § 1 HGB dar. Sein Sinn ist, daß ein Gewerbetreibender, der wegen des Betriebes der Handelsgrundgeschäfte des § 1 Absatz 2 die Eigenschaft eines Kaufmanns hat, dennoch den Vorschriften über die Firma usw. nicht unterliegt, wenn er nur ein Handwerk betreibt.“

Durch unsre obigen Ausführungen dürfte diese Ansicht widerlegt sein.

Nach Lastig[2] kann ein Handwerker sein Unternehmen auch fabrikmäßig betreiben, er wird nie Vollkaufmann und eintragungspflichtig, da § 4 die Handwerker als solche ausnimmt; ebenso wollen Makower[3] und Düringer-Hachenburg[4] die Handwerker nicht Vollkaufleute werden lassen.

---

[1] Rechtspr. d. OLG Bd. 2 S. 395.
[2] A. a. O. S. 65 ff.
[3] A. a. O. S. 38 IIb[2].
[4] A. a. O. S. 152 Anm. 6.

Auch Staub selbst hat früher[1] eine von unserer Ansicht abweichende Meinung vertreten. Er verneinte zwar nicht den Zusammenhang zwischen §§ 4 und 2, legte aber auf das Wort „Art“ in § 2 kein Gewicht[2] und kam zu dem Schlusse, daß der Umfang des Betriebes allein das entscheidende Merkmal sei; er sagte infolgedessen: Handwerk liegt dann vor, wenn der Betrieb seines Umfanges wegen eine kaufmännische Organisation nicht erfordert. Der § 1 lasse sowohl in seiner Ziffer 2 als auch in seiner Ziffer 9 erkennen, daß er in dem Umfang des Betriebes das Kriterium des handwerksmäßigen im Gegensatz zum höheren Kaufmannsbetriebe, zum Großbetriebe, erblicke. Dies ergebe sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Der frühere Art. 10 habe zu den Minderkaufleuten außer anderen Gewerbetreibenden diejenigen Personen gerechnet, „deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes“ hinausging, und aus der Denkschrift zum neuen Handelsgesetzbuche sei zu ersehen, daß die Ersetzung dieser Worte durch die Bezeichnung „Handwerker“ keine sachliche Änderung herbeiführen sollte; der Grundgedanke sei, daß auch die Be- und Verarbeitungsgewerbe, soweit sie unter die Handelsgewerbe fielen, ebenso wie die andern Gewerbe dann kaufmännisch organisiert sein sollten, wenn sie einen erheblichen Umfang erlangt hätten; dies erfordere die Rücksicht auf alle Beteiligten, Kunden usw.

Soweit Staub in seiner Begründung sagt, daß § 4 an die Stelle von Art. 10 getreten ist, und daß durch die Bezeichnung „Handwerker“ in § 4 keine sachliche Änderung hat herbeigeführt werden sollen, geben wir ihm Recht. Staub übersieht aber dann, daß auch die Auslegung des Art. 10 dahinging, daß mit den Worten „Umfang des

[1] In DJZ, 1898, S. 423 und Staub 6./7. Aufl., S. 71 Anm. 3.

[2] Kuckuk will § 2 so auslegen, als ob Art oder Umfang im Gesetz stände, vgl. Holdheim S. 128.

Handwerksbetriebes" „der Inhalt der gewerblichen Tätigkeit, also das Handwerk" gemeint war, und daß die Entscheidung von dem Umfang und der Art des Betriebes abhängig gemacht wurde.[1] Eine Gleichstellung der Handwerker mit den Kleingewerbetreibenden, bei denen beiden nach Staub in ihrem Umfange ein wesentliches Kriterium liegt, ist vom Gesetz offenbar nicht beabsichtigt worden; es würde sonst nicht Personen aufgeführt haben, „deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht" und daneben die Handwerker gestellt haben, ohne auch bei ihnen einen Zusatz über den Umfang ihres Betriebes zu machen. „Aus der Gegenüberstellung von Handwerkern einerseits und Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, andrerseits, wird zu folgern sein, daß der Gesetzgeber bei den Handwerkern an andere Merkmale gedacht hat als ausschließlich an den Umfang ihres Betriebes, weil sonst die besondere Aufführung des Handwerks überflüssig gewesen wäre."[2]

Auch Absatz 3 in § 4 steht einer Gleichstellung von Handwerker und Kleingewerbetreibenden entgegen: Die Landesregierungen sind nur befugt, die Grenze des Kleingewerbes auf der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht festzulegen, nicht aber, auch nach denselben Gesichtspunkten die Grenze des Handwerks zu bestimmen.

Staub hat sich aber von seiner Ansicht bekehrt und in den Vorarbeiten zur 8. Auflage seines Kommentars die in diesem vertretene Ansicht noch selbst zum Ausdruck gebracht.[3]

---

[1] Vgl. Abhdlg. S. 20.

[2] Erlaß des preußischen Ministers für Handel und Gewerbe aus dem März 1901 bei Lastig S. 62.

[3] Vgl. Staub S. 57 Anm. 7.

Cosack[1] und Goldmann[2] endlich wollen nicht auch den Umfang des Gewerbebetriebes für die Frage, ob Handwerk vorliegt oder nicht, entscheiden lassen. Cosack sagt, es entscheide nur die „Einrichtung des Geschäfts“ und Goldmann sieht das entscheidende Moment darin, daß der Betrieb den Charakter und die innere Natur des Handwerks beibehalten und nicht den Charakter des Fabrikbetriebes angenommen hat. Er übersieht hierbei, daß das Vorliegen von Fabrikbetrieb vielmehr ein Beweisgrund dafür ist, daß Handwerk nicht vorliegt.[3]

Wir halten dem allem gegenüber daran fest, daß Handwerk nur dann vorliegt, wenn der Betrieb nach Art und Umfang eine kaufmännische Organisaton nicht erfordert.

Was ist nun unter einer kaufmännischen Organisation, unter einem in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb zu verstehen? Die Denkschrift gibt einen Hinweis; sie besagt:[4] „Die Notwendigkeit einer nach kaufmännischen Grundsätzen geordneten Buchführung, der Gebrauch einer Firma, die Art der Korrespondenz, der Kassenführung und der Zahlungsleistungen,[5] die Verwendung gewisser Arten von Hilfspersonen u. dergl. mehr, gewähren genügende Anhaltspunkte“; wir fügen noch hinzu: regelmäßig wiederkehrende Aufstellung von Bilanz und Inventur. Man wird sagen können, daß unter einem kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb ein solcher zu verstehen ist, in welchem die in kaufmännischen Geschäften üblichen Einrichtungen zur Erzielung der Übersicht und Ordnung vorhanden sind.[6]

---

[1] A. a. O. S. 48 II 1 b.
[2] A. a. O. S. 29 Anm. 1[1].
[3] Vgl. Abhdlg. S. 26 ff.
[4] Bei Hahn S. 195.
[5] Z. B. durch Wechsel, Scheck, auch Giro und Kontokurrent.
[6] Vgl. Goldmann S. 21 2 b.

Art und Umfang des Geschäftsbetriebes sollen die kaufmännische Organisation erfordern.

Die Art des Betriebes läßt sich beurteilen nach der Methode der Herstellung der Arbeitsprodukte, der Art des Zusammenwirkens der im Betriebe beschäftigten Personen, dem Grad der stattfindenden Arbeitsteilung und der persönlichen Arbeitsleistung des Unternehmers.[1]

Der Umfang wird sich ergeben aus der Größe des Anlage- und des Betriebskapitals, dem Umsatz,[2] der Zahl der Angestellten, der Größe des Warenlagers und der Räumlichkeiten für die zum Betriebe erforderlichen Einrichtungen, dem Kreise der Kunden und Lieferanten u. a. m. Es müssen aber weder diese noch die für die Bestimmung der Art des Betriebes aufgezählten Merkmale sämtlich zusammentreffen, um ein Gewerbe seiner Art und seinem Umfange nach zu bestimmen.

Ein Hauptfall, daß Handwerk nicht vorliegt, ist dann gegeben, wenn das Gewerbe fabrikmäßig betrieben wird. Es soll deshalb hier noch auf den Unterschied zwischen Fabrik und Handwerk eingegangen werden.

Fabrik und Handwerk sind keine verschiedenen Gewerbszweige; sie sind vielmehr nur verschiedene Betriebsformen eines und desselben Gewerbes. Es gibt kein besonderes Fabrikgewerbe und Handwerksgewerbe, sondern nur eine fabrikmäßige Form der Ausübung des Gewerbes.[3] Eine Definition des Begriffs „Fabrik" findet sich in keinem der Reichsgesetze, in denen das Wort „Fabrik" angewendet ist, wie Gewerbeordnung, Haftpflichtgesetz und Unfallversicherung. Was wir über das Handwerk sagten, gilt auch hier: daß es nicht möglich ist, eine für alle Zeiten gültige

---

[1] Vgl. Staub S. 69 Anm. 11.

[2] Nicht dasselbe wie Umfang, ERG i. Str. Bd. 24 S. 80.

[3] Jahrbücher der OVG Bd. 4 S. 341.

Definition zu geben. Es ist auch bisher weder der Rechtsprechung noch der Wissenschaft gelungen, sichere Unterscheidungsmerkmale zwischen Handwerk und Fabrik zu finden.[1] Hier, wie beim Handwerk, gilt es, unter Berücksichtigung aller Verhältnisse in jedem einzelnen Falle festzustellen, wann ein Betrieb als Fabrik zu betrachten ist. Fuld[2] hat an Hand zweier Entscheidungen des Reichsgerichts, vom 12. März 1891 und vom 2. November 1893, einzelne Merkmale zusammengestellt, die im wesentlichen für den Fabrikbetrieb charakteristisch sein werden: die strenge Durchführung der Arbeitsteilung zwischen technischer und kaufmännischer Arbeit; der Unternehmer beteiligt sich im Fabrikbetrieb an dem technischen Teil wie auch an dem kaufmännischen nur durch die Oberleitung, er legt nicht selbst mit Hand an, um die Produkte herzustellen; die technischen Betriebshandlungen sind von den kaufmännischen streng geschieden, für die beiden Arten von Arbeiten ist ein verschiedenes Personal vorhanden, das auch eine verschiedene Aus- und Berufsbildung gewöhnlich aufweist. Ferner werden im Fabrikbetrieb in umfangreicher Weise Maschinen benutzt, die Individualarbeit der einzelnen wird hinter der schablonenmäßigen Massenanfertigung der Erzeugnisse zurückstehen; es wird mehr auf Vorrat und gewöhnlich zum Verkauf nicht direkt an Konsumenten, sondern an Zwischenhändler, gearbeitet werden; auch werden große Arbeitsräume vorhanden sein.

Wie aber schon durch die Worte „im wesentlichen“ und „gewöhnlich“ angedeutet ist, ist keineswegs das Vorliegen eines oder auch mehrerer der aufgeführten Merkmale, die auch keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben können, sondern nur Beispiele sein sollen, ein schlechtweg entscheiden-

---

[1] OLG Darmstadt, zit. von Fuld i. Sächs. Archiv S. 540.
[2] Im Sächs. Archiv S. 540.

der Beweis dafür, daß ein Betrieb fabrikmäßig erfolgt. Es läßt sich z. B. sehr wohl denken, daß ein Handwerk in sehr großen Arbeitsräumen ausgeübt wird, daß es aber keine oder nur in ganz geringem Umfange Maschinen verwendet, und ebenso, daß ein Handwerker sich nicht selbst an der Herstellung der Arbeitsprodukte beteiligt und doch Handwerker bleibt, weil andere Voraussetzungen des Fabrikbetriebes fehlen.[1] Gleichgültig ist es auch, welchen Namen sich der Unternehmer beilegt; mancher größere Handwerker nennt sich „Fabrikant".

Wie wenig Klarheit eigentlich darüber herrscht, welche Gewerbebetriebe zu Fabrik bez. Handwerk gehören, zeigt eine Abhandlung Heubners in den „Annalen des deutschen Reichs."[2] Er führt daselbst zehn große Gruppen von Gewerbetreibenden an, die sowohl als zur Fabrik als zum Handwerk gehörig angesehen werden.

Darauf hingewiesen sei noch, daß lediglich das Erfordernis einer kaufmännischen Organisation die Anwendbarkeit des § 4 ausschließt; daß die kaufmännische Organisation auch tatsächlich durchgeführt ist, ist nicht nötig.

Eine weitere Frage ist ferner die, ob es von Einfluß auf die Stellung des unter § 4 fallenden Handwerkers ist, wenn er neben seinem Handwerksbetrieb auch fertige Waren anschafft und unverändert weiterveräußert. Dies ist ohne Einfluß, wenn der Umsatz der fertig bezogenen Waren in innerm Zusammenhange mit der Ausübung des Handwerks steht und nur in so geringem Umfange stattfindet, daß die

---

[1] Vgl. ERG i. Str. Bd. 1 S. 382, Bd. 24 S. 357: Sobald feststeht, daß ein Gewerbe seinen allgemeinen Charakter nach zum Handwerk gehört, so müssen besondere Umstände vorliegen, wenn die Annahme gerechtfertigt sein soll, daß der Handwerksbetrieb durch den Umfang, in welchem das Gewerbe ausgeübt wird, überstiegen wird.

[2] A. a. O. S. 764 ff.

Haupttätigkeit in dem Betriebe des Handwerks besteht. Das Nebengewerbe gilt dann als Ausfluß des Handwerks. Dies ist z. B. der Fall bei den Friseuren, die in geringem Umfange mit Seife, Kämmen usw. handeln, bei den Schuhmachern, die auch mit fertig bezogenen Stiefeln, Stiefelwichse u. dergl. handeln. Tritt jedoch der Handwerksbetrieb hinter den Warenhandel zurück, so wird dieser für die Beurteilung des Gewerbebetriebes entscheidend. Eine selbstständige Beurteilung neben dem Handwerksbetrieb muß aber der Handel mit den fertigen Waren dann erfahren, wenn er in keiner Beziehung zum Handwerk, sondern selbständig organisiert neben ihm steht, z. B. ein Schuhmacher betreibt neben seinem Handwerk noch einen Zigarrenladen.[1] Er kann dann bezüglich dieses Gewerbes wohl auch unter § 4 fallen, aber nicht als Handwerker, sondern möglicherweise als Kleingewerbetreibender.

Fassen wir nochmals das Ergebnis vorstehender Betrachtungen zusammen, so kommen wir zu folgendem Schluß:

Handwerker nach § 4 sind die Kaufleute nach § 1 Abs. 2 Ziffer 1, die Waren anschaffen und nach Be- und Verarbeitung weiterveräußern, sofern der Betrieb kaufmännische Organisation nicht erfordert.

§ 4.

Die Kleingewerbetreibenden.

a) Der in § 4 Absatz 1 gegebene Begriff.

Neben den Handwerkern werden in § 4 die Personen aufgeführt, „deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht", oder, wie man sie kurz zu nennen pflegt, die Kleingewerbetreibenden. Wie wir in § 2 gesehen haben, ist die Voraussetzung dafür, Klein-

[1] Vgl. Düringer-Hachenburg S. 151 Anm. 1a, EHG i. Str. Bd. 21 S. 212.

gewerbetreibender im Sinne des § 4 zu sein, die Kaufmannsqualität. Aber nicht alle nach §§ 1—3 möglichen Kaufleute können Kleingewerbetreibende im Sinne des § 4 sein. Ganz zweifelsfrei scheiden diejenigen Kaufleute aus, die nach §§ 2 und 3 die Kaufmannseigenschaft erwerben; denn sie werden erst mit der Eintragung ins Handelsregister Kaufleute und dann Vollkaufleute. Zudem ist die nach § 2 geforderte Voraussetzung der Eintragung, ein Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, mit dem Begriffe des Kleingewerbes unvereinbar. Es bleiben demnach nur die Kaufleute übrig, die auf Grund von § 1 Absatz 2, also durch den Betrieb eines Grundhandelsgewerbes, Kaufleute werden.

Nicht alle in § 1 aufgeführten Gewerbe sind aber geeignet, auch im Kleinbetrieb die Kaufmannseigenschaft zu verleihen. Aus Ziffer 1 haben die Personen auszuscheiden, die die angeschafften Waren nach vorheriger handwerksmäßiger Be- oder Verarbeitung weiterveräußern, also die Handwerker. Ihre Sonderstellung ist im vorigen Paragraphen erörtert worden. In Ziffer 5 kommen die Geschäfte der Personenbeförderung zu Lande oder auf Binnengewässern für unsere Betrachtung nicht in Frage: das Gesetz betrachtet diese Geschäfte nur dann als Handelsgewerbe, wenn sie von „Anstalten" ausgeführt werden; das Wort „Anstalt" deutet aber sprachlich auf einen Großbetrieb hin. In der Literatur ist auch allgemein anerkannt,[1] daß der Gesetzgeber bei den genannten Gewerbebetrieben nur den Großbetrieb im Auge gehabt hat. Wenn dem gegenüber Lotze[2] sagt, auf den Ausdruck „Anstalt" könne

[1] Vgl. Gareis S. 54 Nr. 7, Mackower S. 28 XIII d, Cosack S. 454, 457, Düringer-Hachenburg S. 122 XII Nr. 3, Staub S. 50 Anm. 72.

[2] In Gruchot S. 411.

ein Gewicht überhaupt nicht gelegt werden, da es nicht abzusehen sei, weshalb die Übernahme der Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern nur dann ein Handelsgewerbe darstellen soll, wenn die Voraussetzung einer diesem Gewerbe dienenden Anstalt vorliegt, während die Geschäfte des Schleppschiffahrtsunternehmens ohne eine solche Anstalt Handelsgewerbe sein sollen, so ist nur darauf hinzuweisen, daß es doch nicht angängig ist, eine Unterscheidung, die der Gesetzgeber zwischen verschiedenen Unternehmungen offenbar absichtlich[1] hat herbeiführen wollen, einfach zu ignorieren. Bei allen übrigen in § 1 aufgeführten Gewerbebetrieben ist es denkbar, daß sie als Kleingewerbe im Sinne von § 4 ausgeübt werden. Hervorzuheben ist dies bei den unter Ziffer 2 und 9 fallenden Gewerbebetrieben. Diese gelten, wie schon ausgeführt,[2] nur dann als Handelsgewerbe, wenn der „Umfang über den Betrieb des Handwerks hinausgeht"; es kann bei ihnen keine Handwerker-Kaufleute nach § 4 geben. Immerhin ist es aber möglich, daß ein Betrieb, der zwar sein „handwerksmäßiges Gepräge"[3] verloren hat, sich doch noch in solchen Grenzen hält, daß man ihn als nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehend ansprechen muß. Handwerk und Kleingewerbe sind eben keineswegs identische Begriffe. Der Inhaber eines derartigen Gewerbebetriebes ist Minderkaufmann als Kleingewerbetreibender.[4] Dies wird vor allem dann vorkommen können, wenn eine Landesregierung von der ihr nach Absatz 3 in § 4 zustehenden Befugnis Gebrauch gemacht hat und die Grenze des Kleingewerbes sehr weit nach oben gezogen hat.

[1] Vgl. Komm.-Ber. S. 5 Antrag 3 bei Hahn S. 535.

[2] S. Abhdlg. S. 17 ff.

[3] Weiß S. 35.

[4] Ebenso Weiß S. 35, Goldmann S. 30, Litthauer S. 13, 14 a[1,3]; a. A. Staub S. 71 Anm. 17, Bovensiepen S. 25, Lotze in Gruchot S. 408.

Eine Definition des Wortes „Kleingewerbe“ findet sich im Gesetze ebensowenig, wie eine Definition des Wortes „Handwerk“. Es werden auch die gleichen Erwägungen wie beim Handwerk gewesen sein, die den Gesetzgeber von einer Festlegung des Begriffs Kleingewerbe haben absehen lassen; denn einmal sind die Anschauungen über Groß- und Kleingewerbe verschiedene zu den verschiedenen Zeiten und sodann bedingen auch die örtlichen Verhältnisse eine jeweils verschiedene Beurteilung zweier vollkommen gleicher Betriebe; „in einer Gebirgsgegend des Inlands gilt gewiß mancher als Großhändler, den man in einer Seehandelsstadt einen Krämer nennt.“ [1]

Nach Staub gehört zum Begriff des Kleingewerbes das gerade Gegenteil von demjenigen Erfordernisse, von dem nach § 2 die Eintragungspflicht des Unternehmers irgend eines Gewerbes abhängig gemacht wird. Nach ihm ist Kleingewerbe ein Gewerbebetrieb, der wegen seiner Art und seines Umfanges eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert.[2] Zu dem gleichen Ergebnis kommen Düringer-Hachenburg;[3] sie sagen, es komme darauf an, ob das Unternehmen nach der ganzen Art des Geschäftsbetriebes nur für kleinere, begrenzte Verhältnisse berechnet ist, für die der Maßstab eines eigentlichen kaufmännischen Geschäfts nicht paßt; es sei daher unter entsprechender Anwendung des in § 2 ausgesprochenen Prinzips sowohl auf den Umfang wie auf die Art des Betriebes Rücksicht zu nehmen. Die gleiche Anschauung vertritt die Rechtsprechung des Reichsgerichts; in einer Entscheidung vom 4. Dezember 1906[4]

---

[1] Staub S. 71 Anm. 19.

[2] A. a. O. S. 71 Anm. 18, Staub selbst in DJZ., 1898, S. 423 und Staub 6/7. Aufl. S. 74 Anm. 8 ignorierte, wie schon oben, S. 36 ff., ausgeführt, in § 2 und folgerichtig auch hier das Wort „Art“.

[3] A. a. O. S. 154 Anm. 10.

[4] In Jur. Woch., 1907, S. 55 Nr. 19; vgl. auch die dort angeführten Entscheidungen.

heißt es: „In der Rechtsprechung der Zivil- und Strafsenate ist es allgemein anerkannt, daß es für die Anwendbarkeit des § 4 darauf ankommt ob ein nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteter Betrieb vorliegt", und in neuerer Zeit hat sich das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 14. Januar 1908[1] wiederum dahin ausgesprochen: „Als Kleingewerbe ist damit derjenige Geschäftsbetrieb gekennzeichnet, der nach Art und Umfang eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert". Ähnlich sagt Cosack,[2] „daß die Geringfügigkeit eines Gewerbebetriebes nicht durch den Umfang, sondern durch seine Einrichtung" bestimmt werde.

Dieser Ansicht können wir nicht zustimmen, ebenso nicht der Ansicht Mackowers[3] und Goldmanns,[4] die zwar nicht die Art des Betriebes, sondern nur den Umfang desselben entscheiden lassen wollten, die aber dabei doch das Nichterfordern eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes verlangen.[5]

Alle angezogenen Meinungsäußerungen vermischen die Bestimmungen der §§ 2 und 4. Dies ist aber offenbar vom Gesetzgeber nicht gewollt. Dagegen spricht schon das rein äußerliche Merkmal, daß in § 2 von einem „in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb" die Rede ist, in § 4 aber nicht, und daß weiter in § 2 die Worte „Art und Umfang" gebraucht sind, in § 4 aber nur das Wort „Umfang" gebraucht ist. Dies würde, wie Lotze[6] sehr richtig sagt, nicht für eine überlegte Redaktion sprechen, wenn dasselbe Prinzip in völlig verschiedener und, wie wir

---

[1] In Jur. Woch., 1908, S. 148 Nr. 22.
[2] A. a. O. S. 48 II 1b.
[3] A. a. O. S. 39 III a.
[4] A. a. O. S. 31 I 2.
[5] Ebenso Weiß S. 33.
[6] In Gruchot S. 409.

hinzufügen wollen, mißzuverstehender Weise zum Ausdruck gebracht worden wäre. Dann hat ja auch gerade das neue Handelsgesetzbuch sich in Gegensatz zum alten Handelsgesetzbuch stellen wollen, das im allgemeinen nur auf die Art des Gewerbes bei Bestimmung der Minderkaufmannseigenschaft Gewicht legte: es hat eine Aufzählung besonderer Arten von Kleingewerbetreibenden, die Minderkaufleute sein wollen, vermieden und damit die schon früher vielfach geübte Praxis der Registergerichte, welche die Kleingewerbetreibenden überhaupt vom Handelsregister ausschloß, zur Anerkennung bringen wollen.[1] Es würde auch eine Begrenzung des Kleingewerbes auf Grund der Besteuerung, wie sie in Absatz 3 vorgesehen ist, undurchführbar sein, wenn Kleingewerbe nur bei dem Nichterforderlichsein einer kaufmännischen Organisation vorliegen sollte; denn „ein Steuergesetz, aus dem erkennbar sein könnte, welche Zensiten ihrem Geschäftsbetrieb im allgemeinen Interesse eine kaufmännische Organisation geben müßten, läßt sich wohl nicht denken".[2]

Wir stehen, wie vorstehende Ausführungen erkennen lassen, auf dem Standpunkte, daß lediglich auf den Umfang des Gewerbebetriebes bei Prüfung der Frage, ob Kleingewerbe vorliegt, das entscheidende Gewicht zu legen ist. Daß diese Auslegung dem Sinne des Gesetzes entspricht, ergibt sich u. E. auch aus Absatz 3, da die Steuerpflicht, die als Grundlage für die von den Landesregierungen zu erlassenden Bestimmungen zu dienen hat, nach dem Geschäftsumfange bemessen sein soll.

Wonach bestimmt sich nun der Umfang eines Gewerbebetriebes?[3] Nicht allein nach dem Geschäftsumsatz. Dieses Wort stand im Entwurf zum Handelsgesetzbuch, an seine

[1] Denkschrift S. 15 in Hahn S. 201.
[2] Lotze in Gruchot S. 409.
[3] Vgl. auch Abhdlg. S. 26.

Stelle wurde aber in den Kommissionsberatungen auf Antrag das Wort „Geschäftsumfang" gesetzt, weil man der Ansicht war, daß „Geschäftsumfang der weitere Begriff sei, bei dem alle die verschiedenen Momente, wie Anlagekapital, Umsatz, Ertrag usw. berücksichtigt werden könnten."[1] Freilich lassen auch diese Merkmale nicht immer einen Schluß auf den Geschäftsumfang zu, da das Anlagekapital groß und der Umfang des Geschäfts doch klein sein kann und umgekehrt; ebenso kann der Ertrag klein und der Umfang doch groß sein, oder der Umsatz kann in keinem Verhältnis zur Größe des Geschäfts stehen.[2] Es sei auf eine Entscheidung des Kammergerichts verwiesen, in der wohl die hauptsächlichsten Merkmale, die für die Bestimmungen des Umfangs eines Gewerbebetriebes in Betracht kommen werden, aufgeführt sind; es heißt da:[3] „Für die Frage, ob Groß- oder Kleinbetrieb vorliegt, wird namentlich in Betracht kommen: Das zum Betriebe verwendete Kapital, der Umsatz, der Ertrag, die Gewerbesteuer, die Größe und Beschaffenheit der dem Betriebe gewidmeten Räumlichkeiten, die Organisation des Betriebes, insbesondere, ob er in der Hauptsache von der persönlichen Arbeitskraft des Inhabers ausgefüllt wird, oder ob darin eine größe Anzahl von Angestellten unter der Ausnützung des Prinzips der Arbeitsteilung beschäftigt ist,[4] das Maß der Inanspruchnahme von Kredit und Wechselverkehr, endlich die mehr oder minder verwickelte Gestaltung der geschäftlichen Beziehungen zu einem größeren Kreise von Lieferanten, Kunden, oder Angestellten." Nach diesen oder ähnlichen Richtungen wird der Registerrichter einen Gewerbebetrieb zu prüfen

[1] In Hahn S. 540.

[2] Vgl. Staub S. 72 Anm. 19.

[3] Rechtspr. d. OLG Bd. 6 S. 466.

[4] Das Prinzip der Arbeitsteilung möchten wir ausgeschaltet wissen.

haben, um seinen Umfang zu bestimmen. Dabei wird es zwar unerläßlich sein, wie auch die Beispiele in obiger Entscheidung zeigen, daß er bisweilen auch die Art des Betriebes mit in Erwägung zieht, er wird ihr aber nur insoweit entscheidenden Wert beizumessen haben, als sich aus ihr ein Rückschluß auf den Umfang des Betriebes ergibt. Auch das Erfordernis einer kaufmännischen Organisation wird gegebenenfalls dem Registerrichter zur Unterstützung seines Urteils über den Umfang eines Betriebes dienen können, er muß dabei aber in Betracht ziehen, daß sich umfangreiche Gewerbebetriebe denken lassen, bei denen die Abwickelung der Geschäfte sich so einfach vollzieht, daß im allgemeinen Interesse eine kaufmännische Organisation nicht erforderlich ist, und daß es andererseits geringfügige Gewerbe gibt, deren Geschäftsgang äußerst kompliziert sein kann.[1]

Ob ein Kleingewerbe vorliegt, hat ein Registerrichter nur nach den Verhältnissen zur Zeit seiner Entscheidung zu beurteilen. Es ist nicht die Größe des möglichen, sondern die Größe des wirklichen Umfangs des Betriebes entscheidend. Nur, wenn das Gewerbe von Anfang an auf den Großbetrieb angelegt ist, und das alsbaldige Entfalten zum Großbetrieb bevorsteht, wird es auch schon vor der Entfaltung als Großbetrieb zu betrachten sein.[2]

b) Die Abgrenzung des Kleingewerbes durch die Landesregierungen.

Nach Absatz 3 des § 4 haben die Landesregierungen die Befugnis, die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuer-

---

[1] Vgl. Lotze in Gruchot S. 406.

[2] Vgl. Düringer-Hachenburg S. 154 Anm. 11, Mackower S. 39 IIIa, Staub S. 73 Anm. 22a und die daselbst angezogenen Entscheidungen.

pflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festzusetzen. Während nach dem alten Handelsgesetzbuche die Landesgesetzgebungen die Macht hatten, den Kreis der Minderkaufleute zu verengern oder zu erweitern,[1] können jetzt die Landesregierungen lediglich die Grenze des Kleingewerbes näher festsetzen. Diese Festsetzung hat in den Staaten, die eine nach dem Geschäftsumfange bemessene Steuerpflicht besitzen, nach diesem Gesichtspunkte zu erfolgen; besteht eine so bemessene Steuerpflicht nicht, so sollen „andere Merkmale" maßgebend sein. Welche Merkmale dies sein sollen, sagt das Gesetz nicht, sie werden aber, da es sich nur um eine nähere Festsetzung handelt, nur unter den für die Bestimmungen des Kleingewerbes in Frage kommenden zu suchen sein.

Über den Weg, den die Landesregierungen einzuschlagen haben, um von der Befugnis Gebrauch zu machen, herrscht Streit. Staub[2] will Verordnung oder Verwaltungsakt zulassen, Cosack[3] und Bovensiepen[4], zweifellos abwegig, nur Gesetz, und Goldmann[5] nur Verwaltungsakt. Dies letztere halten wir für das Richtige; denn in den Kommissionsberatungen[6] wurde ein Antrag, das Wort „Landesregierung" durch „Landesgesetzgebung" zu ersetzen, abgelehnt mit der Begründung, daß eine solche Regelung zu schwerfällig sei, eine Korrektur von Fehlern sei bei Verwaltungsakten viel leichter. Demgegenüber kann die Begründung Bovensiepens, daß es der Landesregierung, wenn ihr die Ermächtigung zur selbständigen Regelung eingeräumt sei,

---

[1] Vgl. Abhdlg. S. 10.
[2] A. a. O. S. 72 Anm. 22.
[3] A. a. O. S. 48 [2].
[4] A. a. O. S. 29.
[5] A. a. O. S. 33 I.
[6] In Hahn S. 539.

doch unbenommen bleiben müsse, „sich freiwillig dieser Machtbefugnisse zu entkleiden und die Regelung gemeinsam mit der Volksvertretung im Wege der Gesetzgebung vorzunehmen", nicht durchschlagen.[1]

Hat eine Landesregierung die Grenze des Kleingewerbes näher festgesetzt, so gilt der sich demnach als Kleingewerbe charakterisierende Gewerbebetrieb auch im ganzen Reiche als Kleingewerbe.[2] Unter dem alten Handelsgesetzbuche war dies der Fall;[3] daß das neue Handelsgesetzbuch eine Änderung hätte herbeiführen wollen, ist nirgends gesagt. Dies würde auch sonst zu großen Unzuträglichkeiten für den Betroffenen selbst und für andere führen, wenn ein und derselbe Gewerbebetrieb in den verschiedenen Staaten — man denke an einen Gewerbebetrieb in einem der eng zusammenliegenden thüringischen Kleinstaaten — eine verschiedene rechtliche Beurteilung erführe.

Der Gesetzgeber hat durch die Hinzufügung des Absatz 3 zu § 4 sicherlich keine beifallswürdige Bestimmung getroffen, vielmehr wäre Absatz 3 im Interesse einer gewissen Einheitlichkeit in der Beurteilung aller Gewerbebetriebe besser weggeblieben.[4] Es hat bisher aber nur ein Bundesstaat, Schwarzburg-Rudolstadt, von der Befugnis Gebrauch gemacht; die anderen Bundesstaaten haben sich darauf beschränkt, in den Ausführungsgesetzen die Behörden namhaft zu machen, die die erforderlichen Bestimmungen zu erlassen haben.[5]

---

[1] Gegen Gesetz auch Lehmann-Ring S. 39 Nr. 4.

[2] A. a. Bovensiepen S. 31.

[3] Vgl. von Hahn S. 117 § 17.

[4] Ebenso Staub S. 72 Anm. 22, Bovensiepen S. 31, Weiß S. 28, Buchka S. 213.

[5] S. hierüber Mackower S. 40 unter b.

C. Welche rechtliche Stellung nimmt der Minderkaufmann ein?

§ 5.

I. Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs.

Das Handelsgesetzbuch spricht schlechthin vom „Kaufmann", der Minderkaufmann ist aber Kaufmann. Daraus folgt, daß das Gesetz den Minderkaufmann grundsätzlich den für den Kaufmann geltenden Vorschriften unterstellt, soweit es nicht ausdrücklich eine Ausnahme vorschreibt. Dies ist geschehen bei den Vorschriften über die Firmen, — im Zusamenhange hiermit stehen die Vorschriften über das Handelsregister — die Handelsbücher und die Prokura nach § 4 Absatz 1 und den Vorschriften der §§ 348—350 nach § 351, ferner kann nach § 4 Absatz 2 durch eine Vereinigung zum Betriebe eines Minderkaufmannsgewerbes keine offene Handelsgesellschaft noch eine Kommanditgesellschaft begründet werden. Es können sonach die Vorschriften des ersten und zweiten Buches — denn auch die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien sind stets Vollkaufleute — auf den Minderkaufmann nur in geringem Umfange Anwendung finden, während fast die gesamten Bestimmungen des dritten Buches auch für ihn Geltung haben.

Die wesentlichen auf den Minderkaufmann anwendbaren Bestimmungen seien hier nur kurz erwähnt, da in dieser Abhandlung vor allem die Sonderstellung des Minderkaufmanns gekennzeichnet werden soll.

Ein Minderkaufmann kann eine Handlungsvollmacht erteilen (§§ 54—58); er kann Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge haben (§§ 59—83); alle von einem Minderkaufmann vorgenommenen zu dem Betriebe seines

Handelsgewerbes gehörende Geschäfte sind Handelsgeschäfte (§ 343), wobei im Zweifel angenommen wird, daß alle seine Rechtsgeschäfte zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören (§ 344 Absatz 1); zeichnet der Minderkaufmann einen Schuldschein, so gilt er als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, wenn sich aus der Urkunde nicht das Gegenteil ergibt (§ 344 Absatz 2); in Ansehung der Bedeutung und Wirkung seiner Handlungen und Unterlassungen, wenn sie einem Kaufmann gegenüber stattfinden, ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten Rücksicht zu nehmen (§ 346); auch hat der Minderkaufmann bei den von ihm abgeschlossenen Handelsgeschäften für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen (§ 347), wobei diese aber nur entsprechend seiner Minderkaufmannseigenschaft wird bemessen werden können;[1] die Höhe der gesetzlichen Zinsen für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften beträgt fünf vom Hundert (§ 352), die Zinsen können vom Tage der Fälligkeit an berechnet werden (§ 353). Der Minderkaufmann hat weiter das Recht, auch ohne Verabredung Provision und Lagergeld zu fordern (§ 354); er kann als der „Kaufmann" des § 355 mit „jemanden" in Kontokurrentverkehr stehen, kann indossable Verpflichtungsscheine ausstellen, und es können auf ihn kaufmännische Anweisungen ausgestellt werden (§ 363); das kaufmännische Retentionsrecht kann für und gegen den Minderkaufmann ausgeübt werden; er hat die verschärfte Untersuchungs- und Rügepflicht (§ 377) und endlich das Recht zum Selbsthilfeverkauf (§ 379).

In allen diesen Fällen wird der Minderkaufmann ebenso behandelt wie der Vollkaufmann. Außerdem können aber auch die Minderkaufleute, aber nur mit Wirkung unter

---

[1] Vgl. ERHG Bd. 2 S. 443 und Bd. 18 S. 439.

den Vertragsparteien, die Anwendung der nur für Vollkaufleute geltenden Vorschriften vereinbaren, soweit nicht zwingendes Recht entgegensteht.[1]

II. Die besondere rechtliche Stellung der Minderkaufleute.

Nachdem wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, daß die Minderkaufleute grundsätzlich den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches unterworfen sind, und nachdem auch die Bestimmungen bereits hervorgehoben worden sind, deren Nichtanwendbarkeit die Sonderstellung der Minderkaufleute begründet, sollen in diesem Teile der Abhandlung die auf die Minderkaufleute nicht anwendbaren Vorschriften näher beleuchtet werden, und zwar zunächst diejenigen des Handelsgesetzbuches. Im Anschluß daran sollen einige andere Gesetze erwähnt werden, in denen die Minderkaufleute eine besondere Stellung einnehmen.

§ 6.

Die Firma.

Nach § 4 Absatz 1 finden die Vorschriften über die Firma auf Minderkaufleute keine Anwendung. In § 17 Absatz 1 gibt das Gesetz eine Definition der Firma: „Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt"; in §§ 17 Absatz 2 und 37 werden sodann die Vorschriften aufgeführt, denen der Kaufmann, der eine Firma führt, unterworfen ist. Wenn nun das Gesetz den Minderkaufmann von diesen Vorschriften ausnimmt, so sagt es damit, daß der Name, unter dem der Minderkaufmann seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt, von diesen

[1] Vgl. Staub S. 76 Anm. 29, Düringer-Hachenburg S. 155 Anm. 14.

handelsrechtlichen Bestimmungen nicht getroffen wird, daß er also eine „Firma" im Sinne des Gesetzes nicht hat. Nicht sagt aber das Gesetz, wie der Name, unter dem der Minderkaufmann seine Geschäfte betreibt, beschaffen sein soll; es sagt insbesondere nicht, daß ein Minderkaufmann nur unter seinem bürgerlichen Namen als Kaufmann auftreten kann. Daraus folgt aber, daß es auch einem Minderkaufmann freistehen muß, unter einer von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Bezeichnung, einer firmenähnlichen Bezeichnung, Handelsgeschäfte zu treiben und seine Unterschrift abzugeben. Auch bürgerliches Recht steht dem nicht entgegen.[1] „Der Gebrauch eines besonderen Berufs- oder Geschäftsnamens ist weder nach bürgerlichem Recht noch nach Handelsrecht verboten," nur ist zu verlangen, daß sein Inhalt keine Täuschung des Publikums herbeizuführen geeignet ist.[2]

Welche Bezeichnung aber auch der Minderkaufmann als Handelsnamen annehmen mag, er ist weder zur Anmeldung desselben behufs Eintragung ins Handelsregister verpflichtet noch darf er eingetragen werden (§ 29).[3] Der Minderkaufmann braucht bei der Wahl seines Handelsnamens nicht auf die bereits am Orte oder der Gemeinde seiner Niederlassung bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen Rücksicht zu nehmen, er kann insbesondere nicht durch die für ihn nicht geltenden Vorschriften des Handelsrechts (§ 30) am freien Gebrauche seines Namens gehindert werden. Der Minderkaufmann

---

[1] Ebenso Düringer-Hachenburg S. 221 Anm. 18, Makower S. 95 II b und S. 146 I 2, Lehmann-Ring S. 41 Nr. 7, Stern S. 1 ff. eingehend begründet; a. A. Staub S. 73 Anm. 23.

[2] Düringer-Hachenburg S. 221 Anm. 18, Stern S. 25 ff.; vgl. auch Abhdlg. S. 43 ff.

[3] Vgl. aber Abhdlg. S. 50 ff. darüber, wenn der Minderkaufmannsname doch eingetragen ist.

ist daher auch nicht gehalten, wenn sein Vor- oder Familienname mit der eingetragenen Firma eines Vollkaufmanns übereinstimmen, diesen einen Zusatz beizufügen, damit eine deutliche Unterscheidung von der eingetragenen Firma herbeigeführt wird (§ 30 Absatz 2).

Der Minderkaufmann kann aber nicht nach Gutdünken den Namen oder Firmen und firmenähnliche Bezeichnungen andrer benutzen. Durch folgende Gesetzesbestimmungen wird ihm eine Beschränkung hierin auferlegt werden:

§ 12 des bürgerlichen Gesetzbuchs: „Wird das Recht zum Gebrauch eines Namens dem Berechtigten von einem Andern bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, daß ein andrer unbefugt seinen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem andern Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen",

§ 823 des bürgerlichen Gesetzbuches: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig . . . ein sonstiges Recht eines andern widerrechtlich verletzt, ist dem andern zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet",

§ 14 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen: „Wer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit Waren oder deren Verpackungen oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit dem Namen oder der Firma eines Andern . . . . widerrechtlich versieht oder dergleichen widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet" und

§ 16 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909: „Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerb-

lichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein andrer befugterweise bedient, kann von diesem auf Unterlassung der Benutzung in Anspruch genommen werden. Der Benutzende ist dem Verletzten zum Ersatze des Schadens verpflichtet, wenn er wußte oder wissen mußte, daß die mißbräuchliche Art der Benutzung geeignet war, Verwechselungen hervorzurufen."

Bedient sich der Minderkaufmann eines Handelsnamens, der von seinem bürgerlichen Namen abweicht, so werden gegebenenfalls die sämtlichen angezogenen Gesetzesbestimmungen gegen ihn dann zur Anwendung kommen können, wenn sein Handelsname einer eingetragenen Firma gleicht; ähnelt er dagegen nur einer solchen, dann steht die Anwendbarkeit des § 14 in Verb. mit § 20 des Warenzeichengesetzes und des § 16 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in Frage; aus dem letzten § wird der Minderkaufmann auch dann in Anspruch genommen werden, wenn sein Handelsname der bürgerliche Name ist, und zwar dann, wenn die Benutzung seines Namens in einer Weise geschieht, die geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen oder der Firma, deren sich ein andrer befugter Weise bedient, hervorzurufen.[1]

Wie die Gesetze gegen die mißbräuchliche Benutzung eines Handelsnamens seitens des Minderkaufmanns schützen, so ist der Minderkaufmann auch selbst bei Benutzung seines Handelsnamens nicht schutzlos. Es steht ihm gegebenenfalls der Schutz der sämtlichen oben angezogenen Gesetzesbestimmungen zur Seite, gleichgültig, ob sein Handelsname mit seinem bürgerlichen Namen übereinstimmt oder nicht.[2] Ein

[1] Vgl. Seyfferth S. 59 Nr. 4.

[2] Vgl. nächsten Absatz.

weiterer Schutz ist ihm noch durch § 37 Absatz 2 des Handelsgesetzbuches gegeben; er hat die Klage auf Unterlassung gegen den, der eine Firma unbefugt gebraucht und ihn dadurch in seinem Rechte auf Gebrauch seines Handelsnamens verletzt;[1] sein Anspruch auf Schadenersatz wird dadurch nicht berührt.

Wenn in Vorstehendem gesagt worden ist, daß der Minderkaufmann durch alle die angezogenen Bestimmungen geschützt wird, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit seines Handelsnamens, so gehen wir dabei von der Ansicht aus, daß die Gesetze, wenn sie vom „Namen" sprechen, nicht nur den bürgerlichen Namen schützen wollen, sondern im allgemeinen den im Verkehr gebrauchten,[2] worunter auch die vom Minderkaufmann angenommene „Firma" fällt.

In jedem Falle steht dem Minderkaufmann auch bei unbefugter Führung seines Handelsnamens die Feststellungsklage aus § 256 der Zivilprozeßordnung zu.

Nicht als *gegen* den Minderkaufmann anwendbar sind erwähnt worden die Bestimmungen des § 37. § 37 kann u. E. weder mit Absatz 1 noch mit Absatz 2 gegen den Minderkaufmann, dessen Handelsname sich nicht mit seinem bürgerlichen Namen deckt — und um einen solchen kann es sich hier ja überhaupt nur handeln —, zur Anwendung kommen, da er als Verletzenden stets einen Vollkaufmann voraussetzt.[3] Die „Firma" des Minderkaufmanns ist keine

---

[1] Vgl. Düringer-Hachenburg S. 300 Anm. 6 aa und S. 37 dd b.

[2] Diese sehr bestrittene Frage eingehend zu erörtern, fällt nicht in den Rahmen dieser Abhandlung. Vgl. *für* unsere Ansicht: Düringer-Hachenburg S. 300 Anm. 6 aa und S. 37 dd b, Stern S. 56 ff. und die daselbst angezogenen Kommentare, Seyfferth S. 59 Anm. 4 u. 5, Bovensiepen S. 35; *dagegen*: Makower S. 95 Anm. II b, ERG Bd. 59 S. 285.

[3] Ebenso Düringer-Hachenburg S. 297 Anm. 2, Makower S. 146 Nr. 2, Cosack S. 72 II 1, Stern S. 32.

Firma im Sinne des Handelsgesetzbuches; daß aber nur solche Firmen durch § 37 getroffen werden können, folgt aus den Worten „nach den Vorschriften dieses Abschnitts“, und von diesen Vorschriften sind ja die Minderkaufleute gerade ausgeschlossen. Dies übersehen die, welche die Anwendbarkeit des § 37 auch gegen die Minderkaufleute bejahen.[1] Der Minderkaufmann kann also nicht von dem Registergerichte zur Unterlassung des Gebrauchs seiner „Firma“ angehalten werden.

Die sich nach unsrer Ansicht ergebende größere Freiheit der Minderkaufleute bei Führung eines Handelsnamens — denn solange nicht ein andrer als Verletzter einschreitet, kann der Minderkaufmann einen beliebigen Handelsnamen führen — erfährt dadurch eine gewisse Einschränkung, daß die Minderkaufleute als Gewerbetreibende nach § 15a der Gewerbeordnung, wenn sie einen offenen Laden haben oder eine Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, verpflichtet sind, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen. Dadurch erlangt das Publikum, allerdings nur, soweit es die Geschäftsstelle zu Gesicht bekommt, Gewißheit über den sich hinter dem Handelsnamen etwa verbergenden Geschäftsherrn.

Schließt ein Minderkaufmann unter seinem von dem bürgerlichen Namen verschiedenen Handelsnamen einen Vertrag, so wird die Gültigkeit desselben hierdurch nicht berührt.[2] Möglicherweise kann aber der Vertragsgegner nach § 19 des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anfechtung des Vertrags berechtigt sein, so z. B. wenn er glaubte, mit dem ihm

[1] Lehmann-Ring S. 41, Bovensiepen S. 43, Goldmann S. 173 Anm. 2c, Staub S. 73 Anm. 23, Gareis, Handelsgesetzbuch, S. 23 Nr. 2.

[2] Goldmann S. 31, Makower S. 14 IV b1.

als zahlungsfähig bekannten früheren Geschäftsinhaber August Richter abzuschließen, während er tatsächlich mit dessen Nachfolger, dem zahlungsunfähigen Max Schneider, dessen Handelsname August Richter ist, abgeschlossen hat. Dagegen wird die Gültigkeit eines Wechsels von vornherein in Frage gestellt, wenn sich der Minderkaufmann bei Zeichnung desselben nicht seines bürgerlichen Namens bedient.[1]

Eine bestrittene Frage ist, ob die Bestimmungen der §§ 25—27 zur Anwendung kommen können, wenn ein minderkaufmännisches Geschäft unter dem bisherigen Handelsnamen fortgeführt wird. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen wird jetzt allgemein verneint, und auch wir schließen uns dieser Ansicht an. Nur Goldmann[2] steht noch auf dem entgegengesetzten Standpunkt; auch Staub selbst hatte die Goldmann'sche Ansicht, während die neuste Auflage seines Kommentars der herrschenden Meinung gefolgt ist.

Goldmann sagt: „daß das Handelsgeschäft ein firmenberechtigtes — also dasjenige eines Vollkaufmanns — ist, erfordert § 25 nicht"; die Haftung für die Geschäftsschulden trete nach § 25 Satz 1 Absatz 1 auch ein, wenn die Firma unberechtigterweise, also ohne die nach § 22 Absatz 1 Satz 1 erlangte Einwilligung des Veräußerers fortgeführt werde; die Fortführung der bisherigen „Firma" durch einen Minderkaufmann sei aber aber nach § 4 Absatz 1 unberechtigt, sonach habe auch bei ihm die Schuldenhaftung und unter der besonderen Voraussetzung des § 25 Absatz 1 Satz 2 auch der Forderungsübergang einzutreten.

Demgegenüber ist nur darauf hinzuweisen, daß wir die Fortführung des von seinem bürgerlichen Namen abweichenden früheren Geschäftsnamens durch den Minder-

---

[1] Vgl. Staub S. 112 Anm. 1.

[2] A. a. O. S. 102 Anm. 1 a aa.

kaufmann nicht für eine unberechtigte Firmenführung halten, und daß die Anwendbarkeit des § 25 schon deshalb unzulässig sein muß, weil in ihm Vorschriften über die Firma gegeben werden, von denen nach dem unzweideutigen Wortlaute des § 4 die Minderkaufleute gerade ausgenommen sein sollen. Damit wird auch zugleich Staub[1] widerlegt, soweit er die Anwendbarkeit des Absatz 3 in § 25 auf Minderkaufleute deshalb bejahte, weil in Absatz 3 keine Vorschrift über die Firma im Sinne von § 4 zu finden sei.

Absatz 1 in § 25 wollte Staub[2] deshalb auf Minderkaufleute in Anwendung bringen, weil ein Minderkaufmann, der ein Handelsgewerbe unter dem früheren Namen fortführe, den Anschein erwecke, als sei er ein zur Führung einer Firma berechtigter Vollkaufmann; er trete daher im Verkehr als Vollkaufmann auf, und wer sich als Vollkaufmann geriere, müsse es sich auch gefallen lassen, als solcher behandelt zu werden.

Wie schon erwähnt, hat die neuste Auflage des Staub'schen Kommentars diese Ansicht verlassen,[3] aber nur insoweit, als der Grundsatz von dem „Sich-Gerieren" auf § 25 Anwendung finden soll. Im Exkurs zu § 5 ist aber wiederum im übrigen der Grundsatz aufgestellt: „Wer sich als Vollkaufmann geriert, gilt als Vollkaufmann."[4] Es sei deshalb hier dieser letzteren Ansicht entgegengetreten, da sich für den Minderkaufmann, dem wir das Recht der Führung eines von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Handelsnamens ja zubilligen, daraus weitgehende Folgen ergeben würden.

In § 4 ist der zwingende Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck gekommen, „die wirtschaftlich schwachen, mit den

---

[1] Staub 6./7. Aufl. S. 145 Anm. 29.
[2] Staub 6./7. Aufl. S. 140 Anm. 67.
[3] A. a. O. S. 154 Anm. 6.
[4] A. a. O. S. 79 Anm. 1.

Verhältnissen des Verkehrslebens, insbesondere den rechtlichen, wenig betrauten Elemente des Handelsstandes von den Folgen vollkaufmännischer Firmenführung auszunehmen"; sodann maßt sich der Minderkaufmann mit der Führung eines besonderen Handelsnamens nicht die Rechte eines Vollkaufmanns an, insbesondere liegt darin keine „absichtliche Gebarung als Vollkaufmann",[1] da dem Minderkaufmann der Gebrauch eines besonderen Berufsnamens nirgends verboten ist. Das Reichsgericht hat sich im Gegensatz zu Staubs Ansicht sehr richtig dahin ausgesprochen:[2] „Das Handelsgesetzbuch kennt auch nicht den Satz, daß jeder Minderkaufmann, der für sein Geschäft einen ihm nicht zustehenden Namen führt und damit den Anschein der Firmenführung hervorruft, allgemein oder doch dritten gegenüber als Vollkaufmann gelte."

Bei dem klaren Wortlaut des § 4 ist auch für eine analoge Anwendung des § 25 kein Raum. Wir müssen daher an der Verneinung der Anwendbarkeit auch des § 25 und der mit ihm in Zusammenhange stehenden §§ 26 und 27 auf Minderkaufleute festhalten und damit der herrschenden Meinung beipflichten.[3]

Ist sonach die Haftung des Erwerbers eines minderkaufmännischen Gewerbebetriebes für die früheren Geschäftsschulden bei Fortführung des früheren Handelsnamens nicht gegeben, so haftet andererseits der Veräußerer für die in dem Gewerbebetrieb begründeten Verbindlichkeiten, die der Erwerber bei genehmigter Fortführung des früheren Namens eingeht, wenn nicht der Dritte das Ausscheiden des Veräußerers aus dem Geschäfte gekannt hat.[4]

[1] Vgl. Stern S. 44.

[2] ERG Bd. 55 S. 85.

[3] Vgl. Lehmann-Ring S. 93 Nr. 8, Staub S. 154 Anm. 6, Düringer-Hachenbg. S. 248 Anm. 18, Makower S. 123 II b, Stern S. 38.

[4] Vgl. Staub S. 74 Anm. 23, Lehmann-Ring S. 42 Nr. 7, Goldmann S. 31 II 1 und die daselbst angezogenen Entscheidungen.

Verschieden von der Firma ist der sog. Etablissementsname; es bezeichnet z. B. ein Gastwirt seine Wirtschaft „Zum weißen Roß" oder ein Drogist sein Geschäft „Zum roten Kreuz". Der Etablissementsname ist nicht ein Handelsname des Geschäftsinhabers, sondern lediglich eine Bezeichnung des Gewerbebetriebes. Er genießt deshalb auch nicht den gleichen Schutz wie der Handelsname; er wird vielmehr nur als „besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts" oder „eines gewerblichen Unternehmens" durch § 16 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vor mißbräuchlicher Benutzung geschützt sein. Auch könnte die Anwendung des § 15 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen in Frage kommen, wenn der Etablissementsname „innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waren eines andern gilt" und ohne dessen Genehmigung ein Dritter Waren usw. mit diesem Etablissementsnamen versieht oder derartig gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält.

Bei Veräußerung des Geschäfts kann die Fortführung des Etablissementsnamen gestattet werden; dies hat aber nur die Wirkung, daß der Veräußerer dem Erwerber gegenüber verpflichtet ist, sich des Etablissementsnamens nicht weiter zu bedienen.[1]

Im Anschluß hieran sollen noch die Folgen betrachtet werden, die sich daraus ergeben, daß der Minderkaufmann mit seinem Handelsnamen, wie wir gesehen haben, zu Unrecht, in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der in Frage kommende § 5 bestimmt:

> „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handels-

[1] Vgl. Staub S. 113 Anm. 6, Bovensiepen S. 35 ff.

gewerbe sei oder daß es zu den in § 4 Absatz 1 bezeichneten Betrieben gehöre."

Hervorgehoben sei zunächst, daß die Eintragung als solche schon vor der Bekanntmachung die in § 5 vorgesehenen Wirkungen hervorruft. Daher kann auch ein Dritter dem Minderkaufmann, der sich auf die Eintragung beruft, nicht entgegenhalten, daß ihm die Eintragung nicht bekannt war. § 15, aus dem die Notwendigkeit der Kenntnis des Dritten von der Eintragung geschlossen werden könnte, kann u. E. auf die nach § 5 erfolgte Eintragung nicht zur Anwendung kommen; denn er handelt nur von den in das Handelsregister einzutragenden Tatsachen,[1,2] der Handelsname des Minderkaufmanns ist aber nach positiver Vorschrift nicht einzutragen, sondern nur zu Unrecht in das Handelsregister hineingekommen. Auf wessen Veranlassung dies geschehen ist, ob es der Minderkaufmann selbst veranlaßt hat, ob es auf einem Versehen des Registerrichters beruht, oder ob die Eintragung deshalb zu Unrecht besteht, weil der früher vollkaufmännische Gewerbebetrieb zu einem minderkaufmännischen herabgesunken ist, ist gleichgültig. Der Eingetragene sowohl als auch Dritte können sich auf die Eintragung berufen ohne Rücksicht auf ihren guten oder bösen Glauben.

Die Wirkung der erfolgten Eintragung besteht darin, daß der eingetragene Minderkaufmann für das unter der Firma betriebene Gewerbe und für die Dauer der Eintragung zwar nicht Vollkaufmann ist, aber als solcher gilt,[3]

---

[1] Ebenso Bovensiepen S. 47; a. A. Staub S. 78 Anm. 6, Makower S. 43 I b, Düringer-Hachenburger S. 197 Anm. 11, Goldmann S. 35, Lehmann-Ring S. 44 Nr. 2.

[2] Die Löschung der zu Unrecht erfolgten Eintragung ist natürlich eine einzutragende Tatsache, vgl. Denkschrift S. 19 in Hahn S. 204.

[3] Staub S. 77 Anm. 3.

dies aber auch nur, wenn sich ein Beteiligter auf die Eintragung beruft.[1] Er ist tatsächlich nicht Vollkaufmann, wie Schirrmeister[2] annimmt, und es besteht auch nicht, wie Lehmann-Ring[3] sich ausdrücken, eine „unwiderlegliche Rechtsvermutung" dafür, daß der Eingetragene ein Vollkaufmann ist; denn damit müssen im Endergebnis Lehmann-Ring zu der auch von ihnen abgelehnten Ansicht Schirrmeisters kommen.[4] Der Minderkaufmann bleibt vielmehr seinem Wesen nach Minderkaufmann; die jederzeit mögliche Löschung der Firma, sei es auf Antrag oder von amtswegen (§ 142 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit), beseitigt die Folgen der Eintragung.

Die während der Dauer der Eintragung von dem Minderkaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind gültig und nach den für den Vollkaufleute geltenden Vorschriften zu beurteilen, sobald sich ein Beteiligter auf die Eintragung beruft.

Der eingetragene Minderkaufmann gilt aber nur in privatrechtlicher Hinsicht als Vollkaufmann. „Für das Gebiet des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, darf dem äußern Umstande, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden, zumal die Eintragung auch gegen den Willen des Betroffenen vom Registerrichter herbeigeführt werden kann."[5] Der Strafrichter hat daher in jedem Falle zu prüfen, ob die Eintragung sachlich gerechtfertigt war. Der wegen betrüglichen oder einfachen Bankrotts angeklagte Minderkaufmann wird sich daher trotz seiner Eintragung mit Erfolg darauf

---

[1] Makower S. 43 II b1.
[2] In Goldschmidt, Zeitschrift Bd. 49 S. 39.
[3] A. a. O. S. 43 Nr. 2.
[4] Vgl. Staub S. 77 Anm. 3.
[5] Denkschrift S. 18 in Hahn S. 203.

berufen können, daß er zur Buchführung nicht verpflichtet gewesen sei. Das Gleiche wird man den Steuerbehörden gegenüber zulassen müssen.[1] Der eingetragene Minderkaufmann kann auch nicht Handelsrichter werden; er besitzt weder das aktive noch das passive Wahlrecht zur Handelskammer, da es sich hierbei um öffentliche Befugnisse handelt.[2]

Eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß die Eintragung öffentliches Recht nicht berührt, tritt u. E. auf dem Gebiete des Prozesses insoweit ein, als es sich um Vorschriften handelt, die nur zur „sachgemäßen Durchführung der zivilen Vorschriften für Kaufleute und Handelsgeschäfte" gegeben sind. Der eingetragene Minderkaufmann kann unter seiner eingetragenen Firma klagen und verklagt werden (§ 17 Abs. 2), er unterliegt auch der Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen (§ 101 des Gerichtsverfassungsgesetzes).[3]

§ 7.

Die Handelsbücher.

Nach § 4 Absatz 1 ist der Minderkaufmann von den Vorschriften über die Handelsbücher ausgenommen; es finden also die Bestimmungen der §§ 38—47 auf ihn keine Anwendung. Der Minderkaufmann ist nicht verpflichtet, Bücher zu führen und in diesem seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens ersichtlich zu machen (§ 38 Absatz 1) oder Abschriften der abgesandten Handelsbriefe zurückzubehalten und die empfangenen Handelsbriefe geordnet aufzubewahren (§ 38 Absatz 2). Er braucht nicht bei

---

[1] Goldmann S. 36[4], Lehmann-Ring S. 44 Nr. 2, Düringer-Hachenburg S. 161 Anm. 11.

[2] Ebenso Staub S. 78 Anm. 4, Lehmann-Ring S. 44 Nr. 2; a. A. Düringer-Hachenburg S. 161 Anm. 11, Makower S. 44 II b[2].

[3] Ebenso Staub S. 77 Anm. 4, Düringer-Hachenburg S. 161 Anm. 11, Goldmann S. 36 Anm. 4, Makower S. 44 II b[2]; bestritten von Bovensiepen S. 45 die Anwendbarkeit des § 17 Abs. 2.

Beginn seines Handelsgewerbes seine Grundstücke, Forderungen und Schulden, den Betrag seines baren Geldes und seine sonstigen Vermögensstücke genau aufzuzeichnen (§ 39 Abs. 1), er braucht auch nicht spätestens alljährlich diese Inventuraufstellung zu wiederholen und eine Bilanz zu ziehen (§ 39 Absatz 2).

Dem Minderkaufmann steht es natürlich gerade so wie einem Nicht-Kaufmann frei, über seine Geschäfte und seine Vermögenslage Bücher zu führen und diese in kaufmännischer Weise einzurichten. Eine geordnete Buchführung wird jedem Kaufmann zu empfehlen sein und vor allem für die Minderkaufleute unerläßlich sein, bei deren Gewerbebetrieb es zweifelhaft sein kann, ob der Geschäftsherr tatsächlich noch Minderkaufmann ist oder nicht vielmehr den Vollkaufleuten zuzurechnen ist. Im Falle der Zahlungseinstellung oder der Konkurseröffnung über sein Vermögen könnten sich sonst für einen solchen Minderkaufmann recht unangenehme Folgen ergeben. § 240 Ziffer 3 und § 239 Ziffer 3 der Konkursordnung bestimmen, daß der Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, mit Gefängnis bez. Zuchthaus bestraft wird, wenn er bez. in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, es unterlassen hat, Handelsbücher zu führen, deren Führung ihm gesetzlich oblag. Diese gesetzliche Verpflichtung hat aber der Strafrichter nicht aus der Eintragung ins Handelsregister zu folgern, sondern er hat, wie wir bereits gesehen haben, selbständig zu prüfen und festzustellen, ob seiner Meinung nach Vollkaufmanns- oder Minderkaufmannseigenschaft vorliegt und hat danach über die gesetzliche Verpflichtung zur Buchführung zu entscheiden. Ein Angeklagter könnte deshalb auch nicht mit Erfolg dem Strafrichter entgegenhalten, daß er sich für einen Minderkaufmann und deshalb nicht für zur Buchführung verpflichtet gehalten habe; sein Irrtum

über die Verpflichtung zur Buchführung würde die Strafbarkeit nicht aufheben.[1]

Führt der Minderkaufmann Bücher, so finden auf sie nicht die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches Anwendung; sie sind keine „Handelsbücher". Der Minderkaufmann kann daher auch nicht, wie die herrschende Meinung annimmt,[2] nach § 239 Ziffer 5 der Konkursordnung bestraft werden, wenn er sie schlecht geführt oder verändert hat, wenn er sie vernichtet oder verheimlicht hat;[3] denn es bestand ja für ihn überhaupt nicht die Verpflichtung zur Buchführung, und er kann doch nicht deshalb straffällig werden, weil er etwas schlecht ausgeführt hat, was er garnicht auszuführen brauchte, oder etwas beiseite geschafft hat, was garnicht vorhanden zu sein brauchte. Auch aus dem Gesetzestext kann das Gegenteil nicht gefolgert werden. Daß in Ziffer 4 die Worte fehlen, ist noch kein Beweis dafür. Diese Worte konnten in Ziffer 4 unbedenklich wegbleiben, da sowohl in Ziffer 3 als auch in Ziffer 4 von „Handelsbüchern" die Rede ist, und bereits in Ziffer 3 zum Ausdruck gekommen ist, daß nur Handelsbücher im Sinne des Gesetzes, also vollkaufmännische in Frage kommen sollen.

Die vom Minderkaufmann geführten Bücher können als Beweismittel im Prozesse dienen. Das Gericht kann aber nicht gemäß § 45 im Laufe eines Rechtsstreites auf Antrag oder von amtswegen die Vorlegung der geführten Bücher anordnen. Eine Verpflichtung zur Vorlegung der Bücher kann nur aus §§ 422, 423 der Zivilprozeßordnung i. Verb. mit §§ 810, 811 des Bürgerlichen Gesetzbuches hergeleitet werden; es kann bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses die Gestattung der Einsicht nur dann verlangt

[1] Vgl. ERG i. Str. Bd. 8 S. 149

[2] Vgl. bei Bovensiepen S. 39.

[3] Ebenso Jäger S. 955 Anm. 39 und die daselbst angezogene Literatur.

werden, wenn sich in ihnen im Interesse des Beweisführers gemachte Eintragungen befinden oder, wenn darin ein zwischen dem Beweisführer und einem andern bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist oder, wenn die Bücher Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthalten, die zwischen dem Beweisführer und einem andern oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind. Für die Beweiskraft der Bücher ist hierbei, ebenso wie bei den Handelsbüchern des Vollkaufmanns, die freie richterliche Überzeugung entscheidend (§ 286 der Zivilprozeßordnung).

Kein Handelsbuch ist das Tagebuch des Handelsmäklers, da es „nicht dazu dient, die Geschäfte der Buchführenden, sondern die Geschäfte anderer Personen untereinander ersichtlich zu machen."[1] Der Handelsmäkler muß ein Tagebuch führen, gleichgültig, ob er Voll- oder Minderkaufmann ist (§ 100), falls er nicht die Vermittelung von Warengeschäften im Kleinverkehr besorgt (§ 104). Seine Verpflichtung erforderlichenfalls daneben noch Handelsbücher zu führen, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften.

§ 8.

Die Prokura.

Nach § 4 Absatz 1 sollen endlich die Vorschriften über die Prokura, das sind die in §§ 48—53 gegebenen Bestimmungen, auf die Minderkaufleute keine Anwendung finden. Die Minderkaufleute können demnach keinen Prokuristen bestellen, d. h. keinen Bevollmächtigten, der Kraft Gesetzes zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb irgend eines Gewerbes mit sich bringt, ermächtigt ist (§ 49). Wohl aber kann der Minderkaufmann eine Handlungs-

[1] Vgl. Mackower S. 268 I.

vollmacht erteilen. Hat er jemanden zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte ermächtigt, so erstreckt sich diese Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (§ 54). Die Handlungsvollmacht ist also bedeutend enger als die Prokura.

Bestellt der Minderkaufmann trotzdem einen „Prokuristen", so ist dies rechtlich nicht ohne jede Bedeutung. Man wird nicht an dem „buchstäblichen Sinne des Ausdrucks" zu haften haben — der Laie gebraucht die im Verkehr üblichen Ausdrücke nicht immer in ihrer streng juristischen Bedeutung — sondern den wirklichen Willen des Vollmachtgebers zu erforschen haben (§ 133 BGB). Dabei wird diese „Prokura" in den meisten Fällen als eine gültige Erteilung einer Handlungsvollmacht anzusehen sein, da man wird annehmen können, daß es dem Vollmachtgeber nur darauf ankam, eine möglichst weitgehende Vollmacht zu erteilen, und daß er, wenn er sie Prokura nannte, höchstwahrscheinlich über deren gesetzlichen Inhalt nicht unterrichtet war, und bei Kenntnis der Nichtigkeit der Prokuraerteilung sicherlich das für seinen ganzen Gewerbebetrieb weit mehr passende Institut der Handlungsvollmacht gewählt haben würde (vgl. § 140 BGB).[1]

Nur ganz ausnahmsweise wird anzunehmen sein, daß der Minderkaufmann wirklich nur eine Prokura hat bestellen wollen; diese Prokuraerteilung wäre dann nichtig. Der „Prokurist" hätte dann überhaupt keine Vollmacht.[2]

---

[1] Dies ist die allgemeine Ansicht; vgl. die Anmerkungen zu § 4 unter „Prokura" der angezogenen Kommentare.

[2] Vgl. Goldmann S. 32 Nr. 3, Lehmann-Ring S. 42 Nr. 9.

§ 9.

Die Gesellschaften der Minderkaufleute.

Die Minderkaufleute können sich ebenso wie die Vollkaufleute oder auch die Nichtkaufleute zu Vereinigungen zusammenschließen, sie nehmen aber auch hier eine den Vollkaufleuten gegenüber teilweise abgesonderte Stellung ein.

Nach § 4 Absatz 2 kann durch eine Vereinigung zum Betriebe eines minderkaufmännischen Gewerbes eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nicht begründet werden. Dies ergibt sich u. E. eigentlich schon aus den vom Gesetz gegebenen Definitionen dieser beiden Gesellschaften, ohne daß es der besonderen Bestimmung in Absatz 2 bedurft hätte; denn sowohl die offene Handelsgesellschaft (§ 105) als auch die Kommanditgesellschaft (§ 161) erfordern den Betrieb eines Handelsgewerbes unter einer gemeinschaftlichen Firma, Minderkaufleute können aber keine Firma im Sinne des Gesetzes haben.

Die Vereinigung mehrerer Personen zum Betriebe eines minderkaufmännischen Gewerbes beurteilt sich nach den in §§ 705 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches für die Gesellschaft gegebenen Vorschriften. Sie können eine Gesellschaft und daher auch einen nicht rechtskräftigen Verein bilden (§ 54 BGB). Für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander ist in erster Linie der Gesellschaftsvertrag entscheidend. In diesem können die Minderkaufleute für ihre Vereinigung die gleichen Verhältnisse wie in einer Handelsgesellschaft bestimmen, die Wirkung eines solchen Vertrags kann sich aber nur nach innen äußern. Die Form der Kommanditgesellschaft ist daher überhaupt nicht geeignet, da durch den Gesellschaftsvertrag nicht mit bindender Kraft nach außen ein Gesellschafter von der Solidarhaftung ausgeschlossen werden kann.[1] Auch

[1] Vgl. Staub S. 1226 Anm. 9.

würde eine Bestimmung des Vertrages, daß die Vereinigung entsprechend dem § 135 von einem Privatgläubiger eines Gesellschafters nur sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres kündbar sein soll, als mit der Bestimmung in § 725 BGB im Widerspruch stehend, unwirksam sein.

Die Geschäfte einer Vereinigung von Minderkaufleuten sind Handelsgeschäfte; es finden daher auf sie die Vorschriften über diese Anwendung, soweit nicht die Anwendbarkeit auf Minderkaufleute ausgeschlossen ist, da die Minderkaufmannseigenschaft durch die Vereinigung nicht berührt wird. Mit Recht weist aber Weiß[1] darauf hin, daß, wenn zwei Minderkaufleute ihre Geschäfte vereinigen, das neue Geschäft häufig über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen wird, und daß dann die Voraussetzung zur Bildung einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft gegeben ist.

Anders liegen die Verhältnisse bei der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der eingetragenen Genossenschaft. Sie werden nach § 6 Absatz 2 als „Vereine, denen das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt", durch die Vorschrift des § 4 Absatz 1 nicht berührt. Es können daher mehrere Personen unter der Form einer der genannten Vereinigungen ein minderkaufmännisches Gewerbe betreiben, ein Fall, der denkbar ist, aber kaum vorkommen dürfte.

Auch Träger einer stillen Gesellschaft, die dadurch zu Stande kommt, daß sich der Stille mit einer Einlage am Handelsgewerbe eines anderen beteiligt, können Minderkaufleute sein. Der Minderkaufmann kann sowohl einen stillen Teilhaber haben als auch selbst stiller Teilhaber am Handelsgeschäfte eines anderen sein, auch sämtliche Beteiligte

---

[2] A. a. O. S. 37 Anm. 5.

können Minderkaufleute sein; vom Stillen wird sogar nicht einmal verlangt, daß er überhaupt Kaufmann ist.[1]

Ferner können die Mitrheder einer Rhederei Minderkaufleute sein; denn eine Rhederei liegt dann vor, wenn von mehreren Personen ein ihnen gemeinschaftlich zustehendes Schiff zum Erwerbe durch die Seefahrt für gemeinschaftliche Rechnung verwendet wird (§ 489). Es ist sonach nicht notwendig, daß kaufmännische Geschäfte betrieben werden. Werden aber gewerbsmäßig Handelsgeschäfte in geringem Umfange betrieben — nur die in § 1 Absatz 2 Ziffer 5 aufgeführte Übernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden wird in Frage kommen — so sind die Mitglieder Minderkaufleute.[2]

§ 10.

Die Vorschriften des § 351 des Handelsgesetzbuches.

In § 351 wird bestimmt, das die Vorschriften der §§ 348—350 auf die Minderkaufleute keine Anwendung finden sollen. Es sind dies Vorschriften, die wegen ihrer Strenge für den Großhandelsverkehr zweifellos große Vorteile mit sich bringen, die sich aber für den in Handels- und Rechtsfragen meist unerfahrenen Minderkaufmann nicht eignen.

Nach § 348 kann eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen worden ist, vom Richter nicht herabgesetzt werden, nach § 349 steht dem Bürgen, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage nicht zu, und nach § 350 ist eine Bürgschaft, ein Schuldversprechen oder eine Schuldanerkenntnis, sofern die Bürgschaft auf Seite des Bürgen, das Versprechen oder das Anerkenntnis

---

[1] Vgl. Cosack § 12 S. 543 I[3] und S. 544 VI.
[2] Vgl. Weiß S. 37, Cosack S. 550 VI.

auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, formlos gültig.

Die Bestimmungen in allen drei Paragraphen stellen sich in Gegensatz zu den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Auf den Minderkaufmann haben daher, soweit Rechtsgeschäfte der in §§ 348—350 erwähnten Art in Frage kommen, nur die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung zu kommen. Hat der Minderkaufmann eine versprochene Vertragsstrafe verwirkt, und hält er sie für unverhältnismäßig hoch, so kann er, vorausgesetzt, daß er noch nicht gezahlt hat, im Wege der Klage ihre Herabsetzung erlangen. Der Richter hat dann, unter Berücksichtigung jedes berechtigten Interesses des Gläubigers zu entscheiden (§ 343 BGB). Leistet der Minderkaufmann eine Bürgschaft, ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis, so ist zur Gültigkeit die schriftliche Form erforderlich (§§ 766, 780, 781 BGB), soweit nicht noch eine andere Form vorgeschrieben ist. Der Minderkaufmann hat außerdem als Bürge die Einrede der Vorausklage nach §§ 771—773 BGB.

Ist ein Minderkaufmann ins Handelsregister eingetragen, so gilt er, wie wir gesehen haben, für die Dauer der Eintragung als Vollkaufmann. Seine Bürgschaft, sein Schuldversprechen und sein Schuldanerkenntnis sind, wenn sich ein Beteiligter auf die Eintragung beruft, nach den für Vollkaufleute geltenden Vorschriften zu beurteilen.

§ 11.

Einige weitere Besonderheiten.

Es seien hier noch einige weitere, sich aus anderen Gesetzen für die Minderkaufleute ergebenden Besonderheiten erwähnt, soweit nicht bereits bei anderer Gelegenheit auf sie Bezug genommen ist.

Nach § 113 des Gerichtsverfassungsgesetzes kann zum Handelsrichter nur der ernannt werden, der als „Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist oder eingetragen war". Ein Minderkaufmann kann demnach nur dann Handelsrichter werden, wenn er früher, und zwar zu Recht,[1] eingetragen war, zur Zeit der Ernennung aber aus irgend welchen Gründen ein minderkaufmännisches Gewerbe betreibt.

Der Minderkaufmann besitzt weder das aktive noch das passive Wahlrecht zu den Handelskammern. In Sachsen ist ihm beides nach §§ 7, 12 des Gesetzes die Handels- und Gewerbekammern betr. vom 4. August 1900 versagt. Er braucht deshalb auch keine Beiträge zu denselben zu leisten, § 19 dieses Gesetzes.

Das Gesetz vom 5. Juli 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere[2] findet nach § 13 dieses Gesetz auf die Kaufleute keine Anwendung, für welche die Vorschriften über die Handelsbücher keine Geltung haben, also nicht auf die Minderkaufleute.

§ 14 Ziffer 3 des Reichsstempelgesetzes vom 15. Juli 1909 bestimmt, daß zur Entrichtung der nach Tarifnummer 4 zu erhebenden Abgaben, wenn von dem Kontrahenten nur der eine ein im Inlande wohnhafter nach § 38 des Handelsgesetzbuches zur Führung von Handelsbüchern verpflichteter Kaufmann ist, der letztere zunächst verpflichtet ist.

Das Gesetz vom 16. Mai 1894,[3] die Abzahlungsgeschäfte betr., findet nach § 8 keine Anwendung, „wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist".

Nach Art. 4 Absatz 3 Ziffer 3 des Gesetzes vom 19. Juni 1893 betr. Ergänzung der Bestimmungen über

---

[1] Vgl. oben S. 52 ff.
[2] Bei Friedberg S. 496 ff.
[3] Bei Friedberg S. 489 ff.

den Wucher bedarf es der in Absatz 1 geforderten Rechnungslegung nicht, wenn der Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten stattfindet, „deren Firma in das Handelsregister eingetragen ist."

D. Schluß.

§ 12.

Kann ein Minderkaufmann zugleich Vollkaufmann sein?

Ein Kaufmann kann mehrere Geschäfte haben; der Charakter des einen ist ein vollkaufmännischer, der Charakter des anderen ein minderkaufmännischer. Wie ist seine Stellung zu beurteilen; ist er sowohl Voll- als auch Minderkaufmann oder wird das Schwächere, die Minderkaufmannseigenschaft, durch das Stärkere, die Vollkaufmannseigenschaft, aufgezehrt?

Nur Gareis[1] steht jetzt auf dem Standpunkt, daß Voll- und Minderkaufmannseigenschaft in einer Person nicht bestehen können, da sich „die Exemption des § 4 nur auf solche Personen beziehe, welche ausschließlich das sie zum Kaufmann minderen Rechts machende Kleingewerbe betreiben". Gareis schließt sich damit Goldschmidt[2] an, der ausführte, der Kaufmannsstand sei unteilbar, niemand könne zugleich Vollkaufmann und Kaufmann minderen Rechts sein, und dies damit begründete, daß die gültig erteilte Prokura zu allen Arten von Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigte, die der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Der Prokurist eines Vollkaufmanns würde daher auch für das von diesem daneben betriebene Minderkaufmannsgewerbe Rechtshandlungen vornehmen können, in einem minderkaufmännischen Betriebe könne es aber keinen Prokuristen geben; und weiter sei der

---

[1] A. a. O. Handelsgesetzbuch S. 25 Anm. 12.
[2] A. a. O. 2. Aufl. S. 533 ff.

Vollkaufmann zur Buchführung und Aufzeichnung aller seiner Handelsgeschäfte verpflichtet, der Minderkaufmann nicht.

Die allgemeine Meinung[1] hat sich dieser Beweisführung nicht angeschlossen. Gegen eine Verneinung der Möglichkeit des Zusammentreffens von Voll- und Minderkaufmannseigenschaft in einer Person spricht in erster Linie das Gesetz selbst. Denn wenn es nach § 3 sogar zuläßt, das ein Nicht-Kaufmann, der Land- oder Forstwirt, zugleich Vollkaufmann sein kann, so kann nicht daran gezweifelt werden, daß dies auch einem Minderkaufmann zustehen muß,[2] der ja schon die Kaufmannseigenschaft in sich trägt. Staub[3] weist auch mit Recht darauf hin, daß diese Doppeleigenschaft durchaus keine auffallende Erscheinung ist, da z. B. ein Soldat oder ein Arzt, wie allgemein gebilligt werde, gleichzeitig Inhaber oder Mitinhaber eines Handelsgeschäftes sein könne, und nur die hierauf bezüglichen Geschäfte Handelsgeschäfte seien und nicht etwa die Bürgschaft eines solchen Soldaten für einen Kameraden.

Voraussetzung für das Nebeneinanderbestehen von Voll- und Minderkaufmannseigenschaft in einer Person ist allerdings, daß die beiden Gewerbebetriebe vollständig voneinander getrennt geführt werden; gewöhnlich werden sie daher verschiedene Branchen zum Gegenstand haben. Der bestellte Prokurist kann als solcher nur für das Vollkaufmannsgewerbe tätig werden, während seine etwa für das Minderkaufmannsgewerbe ausgeübte Tätigkeit sich möglicherweise als die Tätigkeit eines Handlungsbevollmächtigten beurteilen läßt. Die für das Vollkaufmannsgewerbe unerläßliche Buch-

---

[1] Vgl. Staub S. 76 Anm. 30, Lehmann-Ring S. 40 Nr. 5, Düringer-Hachenburg S. 157 Anm. 18, Weiß S. 38, Bovensiepen S. 33, Mackower S. 381b, Cosack S. 48II[1]b.

[2] Vgl. hierzu Bovensiepen S. 33.

[2] A. a. O. S. 76 Anm. 30.

führung braucht sich nicht auch auf das minderkaufmännische Geschäft erstrecken;[1] es genügt, wenn sich in den Handelsbüchern nur insoweit Aufzeichnungen über den minderkaufmännischen Betrieb vorfinden, als sie erforderlich sind, um die gesamte Vermögenslage des Kaufmanns ersichtlich zu machen. Die Vorschriften der §§ 348—350 gelten nur für den vollkaufmännischen Betrieb, während für den minderkaufmännischen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung kommen.

Bildet dagegen das minderkaufmännische Geschäft mit dem vollkaufmännischen ein wirtschaftliches Ganze, z. B. Hauptgeschäft und Zweigniederlassung, oder es unterhält ein Großweinhändler eine Weinprobierstube, so ist der Geschäftsherr lediglich Vollkaufmann.[2]

---

[1] Vgl. ERG i. Str. Bd. 25 S. 171.

[2] Dies ist allgemeine Meinung, vgl. Staub S. 76 Anm. 30, Lehmann-Ring S. 40 Nr. 5, Düringer-Hachenburg S. 157 Anm. 118, Weiß S. 38, Bovensiepen S. 33, Cosack S. 48 II 1b, Mackower S. 38 Ib.